

FERNANDA KARAM DE CHUEIRI SANCHES

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ COMO MEIO PARA UMA ADEQUADA
TUTELA JURISDICIONAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito
do Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Luiz Guilherme
Marinoni

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ COMO MEIO PARA UMA ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:.....
Prof. Doutor Luiz Guilherme Marinoni

.....
Examinador

.....
Examinador

Aos meus pais Eliane e Fernando

SUMÁRIO

RESUMO.....	VI
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 A FUNÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO DE CONHECIMENTO.....	5
2.1 A QUESTÃO DA BUSCA DA VERDADE.....	5
2.2 A IMPORTÂNCIA DA VERDADE NOS SISTEMAS PROCESSUAIS.....	7
2.3 VERDADE FORMAL E VERDADE SUBSTANCIAL.....	8
2.4 VERDADE, PROBABILIDADE E VEROSSIMILHANÇA.....	11
2.5 A VERDADE E A JUSTIÇA DAS DECISÕES.....	16
3 A INFLUÊNCIA DE ALGUNS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS SOBRE A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ.....	18
3.1 O PRINCÍPIO DISPOSITIVO.....	18
3.2 O PRINCÍPIO DA DEMANDA.....	25
3.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL.....	28
3.4 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE.....	33
4 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	40
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	40
4.2 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITOMATERIAL.....	43
4.3 A EXTENSÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ FRENTE AO CPC.....	46

4.3.1.OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ EM CARÁTER SUBSIDIÁRIO.....	47
4.3.2.OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ EM CARÁTER AMPLO.....	49
4.4 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E SUA RELAÇÃO COM A REGRA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	51
4.5 CAUSAS DA POUCA UTILIZAÇÃO DO JUIZ E POSSÍVEIS SOLUÇÕES.....	54
5 CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS.....	59

1) INTRODUÇÃO

Não é recente a preocupação dos processualistas com a “efetividade do processo”. Deste tema têm-se ocupado estudiosos de todo o mundo, pois este é um problema que não é prerrogativa dos países pouco desenvolvidos ou em desenvolvimento.

A questão que se coloca é: em que consiste a efetividade do processo, quais os meios para atingi-la? A priori poder-se-ia afirmar que processo efetivo é aquele que consegue oferecer aos litigantes uma resposta justa, que dá àquele que tem razão aquilo, ou o mais próximo daquilo, que obteria se não tivesse havido a necessidade de recorrer ao judiciário. Os problemas estariam solucionados se as questões parassem por aí. No entanto, o grande dilema surge quando se indaga sobre os meios que possibilitam a efetividade do processo.

O presente trabalho não irá se ocupar do problema da efetividade do processo como um todo¹; suas atenções estarão voltadas a um dos seus aspectos, ou, mais precisamente, a um dos meios que possibilitam a sua realização, qual seja, a ampliação dos poderes instrutórios do juiz.

Para que o juiz possa proferir uma sentença justa faz-se necessário um conhecimento prévio dos fatos objeto do litígio, o que se obtém por meio das provas. Através delas reconstituirá os fatos pretéritos para só então prolatar uma decisão. Assim, parece lógico que o acerto da decisão e a conseqüente efetivação do processo estão diretamente relacionados ao melhor conhecimento dos fatos pelo juiz. Tendo as provas, tanto aquelas trazidas pelas partes como as requisitadas de ofício pelo próprio magistrado, papel relevante neste contexto.

Em um processo que se pretende justo não se pode restringir a colheita de provas apenas aos litigantes. Estes, na maioria das vezes, se encontram em condições desiguais, cabendo ao juiz promover a igualdades entre as partes.

Hoje é evidente a tendência de publicização do processo civil, este não é mais visto como um instrumento de realização da vontade das partes. A resposta dada pelo Estado se volta para toda a coletividade e não para um grupo restrito de

¹ Para um estudo mais direcionado aos problemas da efetividade do processo cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do “processo”. *Temas de direito processual (primeira série)*. São Paulo : Saraiva, 1984, p. 27-42.

interessados.² É dentro desta perspectiva que o presente estudo se desenvolverá, buscando, sempre que possível, interagir com os demais ramos do direito.

Acompanhando a tendência mundial de ampliação dos poderes do juiz o direito processual civil brasileiro passou a permitir que os magistrados assumissem um papel ativo na instrução do processo. Esta evolução foi precedida de intensas discussões que se refletiram no sistema processual como um todo.

Os reflexos que o aumento dos poderes instrutórios do juiz trazem para o processo civil só podem ser entendidos dentro de uma análise global do processo, ou seja, a partir de uma abordagem que englobe o estudo conjunto das suas regras e princípios. Por esta razão optou-se por dividir o trabalho em três capítulos.

O primeiro deles tratará da questão da verdade no processo de conhecimento. A importância deste tópico fica evidenciada na medida em que o processo civil, principalmente a partir do Estado de bem estar social, deixou de se contentar apenas com a verdade formal. Embora uma análise mais apurada sobre a verdade requeira um estudo filosófico, análise que fugiria aos objetivos desta monografia, o que se procurou mostrar neste capítulo foi a necessidade do reconhecimento, no processo civil, da importância de se “buscar a verdade”³, não obstante a impossibilidade de atingi-la.

No segundo capítulo, seguindo os pressupostos estabelecidos naquela primeira fase, passa-se a trabalhar dentro de uma perspectiva principiológica. A partir desta abordagem busca-se ressaltar a importância de alguns princípios processuais na ampliação ou restrição dos poderes instrutórios do juiz. Como se verá adiante, dependendo da interpretação que se dê a cada um desses princípios os poderes dos magistrados em matéria de prova poderão ser ampliados em maior ou menor extensão.

No terceiro e último capítulo da presente monografia buscou-se fazer um estudo a respeito de como o Código de Processo Civil abordou a questão dos

² Excelente estudo a respeito da instrumentalidade do processo encontra-se em DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6 ed. São Paulo : Malhieres, 1998.

³ Sob pena de não sermos mal entendidos cabe aqui um esclarecimento. Quando se diz “ressaltar a importância da busca da verdade” não se quer com isso dizer que o magistrado deve atuar no processo de modo que todos os seus atos se voltem a uma procura obstinada pela verdade dos fatos. Tal atitude viria de encontro com a própria efetividade do processo pois, por exemplo, impediria a concessão de liminares. Como se verá já no primeiro capítulo do trabalho, a questão da verdade é evidenciada na medida em que se quer com isso incentivar o papel de um juiz ativo no processo.

poderes instrutórios do juiz. Para que tal análise fosse desenvolvida fez-se necessário verificar a existência ou não de relação entre a regra do artigo 130 do CPC e a relação jurídica de direito material, bem como da sua compatibilidade ou incompatibilidade com a regra de distribuição do ônus da prova.

Por fim, procurou-se deixar evidenciado o fato de que embora haja previsão expressa na lei concedendo amplos poderes instrutórios aos magistrados a sua utilização ainda é bastante modesta no direito brasileiro, concorrendo para isso motivos das mais variadas ordens.

Cabe ainda fazer uma última ressalva quanto ao objeto do presente trabalho. Em princípio a leitura do título “Os poderes instrutórios do juiz como meio para uma adequada tutela jurisdicional” poderia dar a idéia de que esta monografia trataria de toda a gama de poderes instrutórios concedidos aos magistrados pelo CPC e por legislações esparsas.⁴ No entanto, não é esta a abrangência que se propugna neste estudo.

Ao elaborar o projeto monográfico vários eram os problemas colocados a respeito dos poderes instrutórios do juiz. Tendo em vista a complexidade do tema algumas opções metodológicas tiveram que ser realizadas. Deixando-se de realizar um estudo específico sobre todos os artigos do CPC que limitam ou ampliam os poderes instrutórios do juiz optou-se, primeiramente, por uma abordagem principiológica e posteriormente por uma abordagem que analisasse, de forma ampla, apenas a norma reitora dos poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil, qual seja, o artigo 130.

Tudo isso porque, diante do leque que se abre quando se inicia uma pesquisa acadêmica, algumas escolhas devem ser feitas, sob pena de se desnaturar a proposta do trabalho. Foi neste sentido que se procurou discorrer de um modo mais detalhado a respeito de certos temas em detrimento de outros, sem nunca descurar do principal objetivo do presente estudo, qual seja, atentar para mais um instrumento processual que possibilite a obtenção de uma adequada tutela jurisdicional.

Muito embora a preocupação de dar àquele que tem direito o mais próximo daquilo que poderia ter obtido caso não tivesse havido a necessidade de recorrer ao

⁴ Por exemplo, deixou-se de analisar o papel dos poderes instrutórios nas ações constitucionais, sem negar a importância deste tema, bem como a necessidade de estudá-lo, o presente trabalho optou por uma outra direção.

Judiciário venha desde os “clássicos” parece que ela ainda incomoda e sempre incomodará os processualistas, pois é para isso que se volta o processo.

É dentro deste contexto, sem deixar de lado a visão do processo como instrumento para realização da justiça e promoção da igualdade, que procurar-se-á, ao longo deste singelo estudo, reforçar ainda mais o papel não só do processo, mas também do juiz, na efetivação dos escopos da jurisdição.

2) A FUNÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

2.1) A questão da busca da verdade

Para que se possa apresentar uma resposta à demanda levada pelas partes ao Judiciário faz-se necessário que o juiz tome conhecimento dos fatos que deram origem ao litígio. Não fossem algumas exceções, seria possível dizer que a maioria das controvérsias levadas ao conhecimento do magistrado envolvem a solução de questões de fato.⁵

Ao julgar, diz LIEBMAN, o juiz valora determinado fato ocorrido no passado, valoração esta feita com base no direito vigente, determinando, como consequência, a norma concreta que regerá o caso.⁶ Comparando o juiz a um historiador, CALAMANDREI afirma que nesta fase do processo o juiz está mais próximo de um político do que de um historiador, isto porque o ato de formular um preceito jurídico apropriado visando promover o acerto dos fatos é muito mais que um ato cognoscitivo, é um ato volitivo.⁷ Desta forma, deve o juiz, para que possa aplicar a norma ao caso concreto, reconstruir os fatos que ocorreram no passado. Tal operação é concretizada por meio das provas; será através delas que se buscará investigar a verdade dos fatos. No processo o juiz estabelecerá se determinados fatos alegados foram ou não verificados, servindo-se das provas para resolver este problema.⁸

A partir da idéia de uma necessária reconstrução dos fatos pretéritos é que se pode começar a trabalhar a questão da busca da verdade no processo.

No dizer de MITTERMAIER, *a verdade é a concordância de um fato ocorrido na realidade sensível e a idéia que fazemos dele.*⁹ Esta visão ainda guia os estudos

⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 53, p. 122, jan./mar., 1989.

⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 4. t. I.

⁷ CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. XVI (parte I), p. 119, 1939.

⁸ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milão : Giuffrè, 1992, p. 1. Ao explicar tal afirmação o autor italiano afirma que a idéia de que a função da prova consista em estabelecer a verdade dos fatos é difundida em todas as culturas jurídicas.

⁹ MITTERMAIER, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 28.

da maioria dos processualistas brasileiros, nos quais há uma intensa preocupação em saber se os fatos narrados no processo ocorreram ou não efetivamente na realidade, ou seja, se o fato ocorrido no processo está ou não em consonância com o fato sucedido no passado.¹⁰

Partindo destas observações, pode-se dizer que a descoberta da verdade sempre foi um dos objetivos do processo, senão o principal deles. No entender da grande maioria dos processualistas modernos é através do processo que se consegue desvendar a verdade dos fatos, o que permite ao juiz fazer o juízo de subsunção, concretizando assim a aplicação da norma ao caso que lhe foi apresentado. Como bem lembrou BARBOSA MOREIRA, a descoberta da verdade não pode ser vista como o fim último do processo, ela desempenha um papel instrumental que permite ao juiz aplicar a norma ao caso concreto.¹¹

Não há a menor dúvida de que com o processo se atinge apenas uma parcela da verdade, pois, como se verá adiante, o todo da verdade, a sua essência, é inatingível.¹² No entanto, faz-se necessário que através da instrução probatória o juiz vise chegar o mais próximo da verdade para que possa proferir uma decisão justa. Aí está o fundamento da atividade probatória do juiz. Neste sentido é o escólio de Gian Antonio MICHELI e Michele TARUFFO, *no processo, com efeito, a verdade não é um fim por si mesma, mas é necessário buscá-la enquanto condição para que haja uma justiça 'mais justa'*.¹³

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. *Genesis – Revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 3, p. 685, set./dez., 1996.

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 122.

¹² Neste sentido itens 2.2 e 2.3, bem como, MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 81-84, 1999; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de processo*, São Paulo, n. 35, p. 181, abr./jun., 1984.

¹³ MICHELI, Gian Antonio. TARUFFO, Michele. A prova. *Revista de processo*, São Paulo, n. 16, p. 168, out./dez., 1979. O mesmo Michele Taruffo em sua obra *La prova dei fatti giuridici*. Milão : Giuffrè, 1992, p. 27-35, traz à lume uma importante visão a respeito da verdade no processo civil moderno. Segundo este autor hoje há uma orientação doutrinária segundo a qual o problema da verdade dos fatos no processo vem se tornando irrelevante. Não se questiona a possibilidade ou impossibilidade do atingimento da verdade, nem mesmo a sua oportunidade ou inoportunidade, simplesmente ela vem excluída do campo de análise e de consequência, para esta corrente, não é um objeto que mereça ser estudado. Quem segue tal orientação não questiona se o processo deve ou não buscar a verdade dos fatos. Seguindo este paradigma, diz o autor, existirem duas variantes principais. A primeira delas se funda em uma interpretação que leva em conta principalmente a retórica do processo e da atividade que este desenvolve. Segundo esta corrente tudo que acontece no processo não passa de um jogo retórico persuasivo. O que vale é persuadir, sendo a verdade irrelevante, esta não passa de um mero valor que não interessa à técnica persuasiva. O que os advogados buscam é persuadir o juiz das suas razões e não demonstrar objetivamente a verdade dos fatos. Tanto mais

2.2) A importância da verdade nos sistemas processuais

A forma como era administrada a justiça na Europa Continental pode ser dividida entre pré e pós Revolução Francesa. Anteriormente à Revolução os cargos e funções eram transmitidos de forma hereditária, sendo difícil falar em segurança jurídica, tudo isso era muito próprio do *Ancien Régime*.¹⁴ A partir das idéias de liberdade, igualdade e fraternidade, há uma burocratização da função judiciária, o que influencia de maneira considerável o sistema probatório. Tal modificação foi fruto de uma reação às perversidades que vinham ocorrendo até então.

Como bem acentuou o Professor Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, “sempre que a história registrou a superação de um regime de força viu florescer um turbilhão de novas idéias, em geral destinadas a sustentar e legitimar as práticas democráticas. Não poucas vezes o germe está nas próprias entranhas do regime anterior, dada sua narcísica incapacidade de superar demanda do homem e da sociedade”.¹⁵ Não foi diferente o que ocorreu após a Revolução Francesa. Nesta época buscou-se uma reação aos abusos da aristocracia então dominante. Ao juiz não era dado interpretar a lei, o que foi consagrado na célebre expressão de que o magistrado era *la bouche de la loi* (a boca da lei). As provas eram consideradas apenas nos seus aspectos técnicos, o juiz não era visto como um homem capaz de errar, mas sim como uma máquina de proferir decisões, e como tal não erraria, não proferiria julgamentos injustos, pois se limitaria a aplicar estritamente as disposições legais.

A partir da evolução processual trazida com a Revolução Francesa cada vez

hábil será um advogado quanto maior for a sua capacidade de persuadir o juiz da sua versão a respeito dos fatos. Na opinião de Taruffo esta posição é altamente questionável por não dar conta de uma série de problemas no que tange ao accertamento dos fatos no processo.

A variante da posição segundo a qual a verdade dos fatos é irrelevante emerge do campo de uma tendência que cada vez mais vem ganhando espaço e que se funda na aplicação do método e modelo semiótico aos problemas jurídicos. Este privilegia o aspecto lingüístico destes problemas e estuda essencialmente este aspecto, o que implica em dizer que o processo será estudado a partir da estrutura lingüística e semiótica dos discursos e diálogos elaborados nas narrações. No âmbito desta metodologia vários aspectos dizem respeito direta ou indiretamente ao problema da verdade dos fatos no processo, mas nada que possa ser considerado relevante.

¹⁴ DENTI, Vittorio. L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XX (II série), p. 32, 1965.

¹⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à teoria geral do processo penal* (coord. por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 3.

mais os regimes democráticos almejam a legitimação das decisões judiciais. Se o escopo fundamental da jurisdição é a justa composição da lide ou a atuação da vontade concreta da lei não há a menor dúvida de que tais objetivos serão atingidos a partir da descoberta dos fatos versados na demanda, o que está intrinsecamente ligado à idéia de verdade substancial.¹⁶ Está aí a principal função do processo, e que ao mesmo tempo o legitima, a reconstrução dos fatos pretéritos para futura aplicação da lei.

A importância da verdade no processo não é nenhuma novidade da modernidade. Em Roma o juiz poderia se abster de julgar alegando *sibi non liquere*, isto é, diante de um caso que não fosse suficientemente provado o magistrado não estaria obrigado a julgar. Percebe-se assim a relevância dada ao descobrimento da verdade. Semelhante papel desempenha, em alguns sistemas jurídicos, a regra referente ao ônus da prova. No direito brasileiro, com o advento do Código de Defesa do Consumidor¹⁷, permitiu-se que se uma demanda fosse julgada improcedente por insuficiência de provas ela poderia ser proposta novamente, pois, sobre a declaração contida nesta sentença não incidiria a coisa julgada material.¹⁸

A atual tendência de ampliação dos poderes instrutórios do juiz no processo civil também põe em destaque a questão da verdade no processo. Ao se atribuir maiores poderes ao magistrado na instrução probatória permite-se que a reconstrução dos fatos pretéritos ocorra de uma forma mais precisa. Noção esta há muito presente no processo penal.

2.3) Verdade formal e verdade substancial

Já no início da sua obra a respeito dos fatos jurídicos, Michele TARUFFO afirma que há pelo menos duas ordens de razões pelas quais a noção de verdade dos fatos no processo é altamente problemática e produz relevantes complicações e incertezas no plano da definição do papel da prova no processo. A primeira delas, e

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 32-33.

¹⁷ Lei 8.078/90, art. 103, I “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de mova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do artigo 81”.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 34.

a que nos interessa no momento, diz respeito justamente a diferença que se põe entre verdade formal ou processual e verdade substancial ou material.¹⁹

Durante muito tempo sustentou-se que as verdades buscadas no processo civil e no processo penal eram de ordens diversas. Enquanto naquele, a princípio, o juiz poderia se satisfazer com uma verdade formal (*ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos*²⁰), neste o magistrado deveria buscar a verdade material. No processo civil dava-se mais valor à forma pela qual a verdade era obtida do que ao seu conteúdo, acreditava-se que o processo civil não estava disposto a pagar o alto custo de uma instrução probatória voltada à descoberta da verdade material.²¹

Cabe então questionar se a verdade obtida no processo é realmente particular e especial em relação à chamada verdade material, e se assim concluir quais as razões deste entendimento. TARUFFO, mais uma vez de forma brilhante, tenta esclarecer este problema. Segundo o autor os juristas procuram solucionar esta questão recorrendo à distinção já mencionada entre verdade formal (judicial ou processual), que vem estabelecida no processo pelos meios de prova e do procedimento probatório e uma verdade material (histórica, empírica ou simplesmente verdade), que diz respeito à realidade, obtida através da experiência ou de outros meios cognoscitivos diversos da prova judicial.²²

No entanto, a discussão a respeito da distinção entre verdade formal e material perdeu qualquer sentido hoje.

Como bem salientou Carlo FURNO, a partir de uma análise do pensamento carnelutiano, a dicotomia entre verdade material e formal nada mais é que um jogo de palavras, uma vez que a denominada verdade material, que diz respeito aos fatos verificados no passado ou que se perduram no presente, não pode ser identificada com a verdade absoluta (que é pura entidade ideal) nem com a certeza matemática, o que faz o autor concluir que a verdade material se reduz praticamente a uma

¹⁹ TARUFFO, Michele. Op. cit. p. 3-4.

²⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14 ed., São Paulo : Malheiros, 1998, p. 65. Defendendo a idéia de que no processo civil o juiz se satisfaz com a verdade formal: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz : A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 51.

²¹ ARENHART, Sérgio. Op. cit., p. 687.

²² TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 4.

modesta proposição de certeza empírica²³.

Qualquer tentativa de diferenciar estes dois tipos de verdade resulta inútil na medida em que se deve entender a verdade como uma só, o que varia são os meios para o seu conhecimento. Explicitando de forma magistral esta idéia CARNELUTTI²⁴ ensina que para que se possa conhecer a verdade de uma coisa é preciso conhecer o seu todo. Além disso para que se possa afirmar a verdade é preciso conhecer não apenas o que uma coisa é, mas também tudo aquilo que ela não é. Por isso a verdade de uma coisa é inatingível, ao homem não é dado conhecer senão uma verdade parcial, a verdade é o todo e o todo é muito para os homens.²⁵

Além disso, é preciso ressaltar que para poder estabelecer a noção de verdade dos fatos no processo, e a que coisas servem as provas, faz-se necessário enfrentar uma escolha filosófica e epistemológica de ordem geral, a expressão verdade material é privada de significado se não estiver relacionada ao problema geral da verdade, deste modo, o problema da verdade dos fatos no processo não é senão uma variante específica daquele primeiro problema.²⁶

A partir destas observações pode-se perceber que a diferenciação entre

²³ Em uma significativa passagem da sua obra, FURNO demonstra a inutilidade de se buscar uma separação entre verdade material e formal, diz o autor: “Se, come ebbe efficacemente a scrivere il CARNELUTTI, ‘la verità è come l’acqua: o è pura, o non è verità’, non è in alcun caso di questa verità che nel processo si tratta. Ma come nel comune linguaggio anche l’acqua degli stagni o delle pozze vien chiamata acqua, quantunque pura non sia; altrettanto accade alla verità, la quale nell’uso volgare non muta nome neppure quando non há più concettualmente nulla che vedere col vero assoluto; in virtù di una confusione verbale (e forse non soltanto verbale) fra certezza empirica e verità. Io credo proprio che veda giusto lo SCHMIDT, allorchè ravvisa non più che un semplice giuoco di parole nella contrapposizione tra verità materiale e verità formale. Poichè la cosiddetta verità materiale, riferita a fatti verificatisi in passato o perduranti nel presente, non può identificarsi nè colla verità assoluta (che è pura entità ideale) nè con la certezza matematica: anch’essa cioè si reduce praticamente alle modeste proporzioni della certezza empirica”. (FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova : CEDAM, 1940, p. 20).

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certeza. *Rivista di diritto processuale*. Padova, v. XX, p. 5, 1965.

²⁵ Nas palavras do autor “proprio perché la cosa è una parte essa è e non è; può essere paragonata ad una medaglia sul cui diritto è inciso il suo essere e sul rovescio il suo non essere. Ma per conoscere la verità della cosa, o diciamo pure della parte, bisogna conoscere tanto il diritto quanto il rovescio: una rosa è una rosa, insegnavo a Francesco, perchè non è alcun altro fiore; ciò vuol dire che per conoscere veramente la rosa, cioè per aferrarne la verità, occorre conoscere non soltanto ciò che essa è ma anche ciò che essa non è. Perciò la verità di una cosa si sfugge fino a che noi non possiamo conseguire se non una conoscenza parziale. E quando dico una cosa, mi riferisco anche ad un uomo. Insomma la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi. (CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 5)

²⁶ TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 5. Tal raciocínio permite-nos concluir que para enfrentar o problema da verdade em um estudo mais detalhado faz-se necessário abordá-lo a partir de uma perspectiva interdisciplinar, passando principalmente pela filosofia e epistemologia do direito. No entanto, uma

verdade formal e material, relativa e absoluta²⁷ perderam a sua razão de ser. A manutenção da dicotomia verdade formal para o processo civil e verdade material para o processo penal não mais se justifica. Não se pode admitir que em razão da diversidade de bens jurídicos tutelados o processo civil se contente com um menor grau de certeza. Não há nada que autorize uma reconstrução dos fatos de maneira mais pormenorizada no processo penal em contraposição ao processo civil. Apesar do processo penal lidar com a liberdade do indivíduo, na atualidade, nem todas as condenações penais cominam com a restrição daquele bem jurídico indisponível.²⁸

Além disso cabe lembrar que o processo civil também é instrumento de tutela de alguns direitos fundamentais do indivíduo. Não é possível desconsiderar o fato de que as conseqüências geradas no processo civil não se cingem exclusivamente ao aspecto patrimonial. Nas demandas que tenham por objeto a perda do pátrio poder, a capacidade das pessoas, o direito de família entre tantas outras, não raro gera-se mais prejuízos à esfera pessoal do indivíduo do que a própria privação da liberdade.²⁹

Seja no processo civil, seja no processo penal³⁰, o escopo da instrução probatória é sempre um só, reconstruir os fatos pretéritos para que se possa conhecer como eles se passaram na realidade, não obstante a verdade dos fatos seja inatingível na sua essência.³¹

análise neste sentido, embora de extrema importância, transbordaria ao objeto de estudo deste trabalho.

²⁷ Também Moacyr Amaral SANTOS se posiciona no sentido de que a verdade absoluta é inatingível (*Prova judiciária no cível e no comercial*. 2 ed. v. I. São Paulo : Max Limonad, 1952, p. 12).

²⁸ Ao se admitir a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito, bem como a aplicação exclusiva da pena de multa como sanção para alguns delitos, percebe-se que se torna vazio de significado o argumento segundo qual o processo penal deve buscar a verdade material em contraposição ao processo civil que se contenta com a verdade formal, em razão daquele lidar com a liberdade do indivíduo.

²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 687-688; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 36-37. Em sentido contrário CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Op. cit., p. 65., segundo os quais “no campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC, arts. 130, 341 etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios”.

³⁰ Interessante visão a respeito dos sistemas processuais (penal e civil), embora diversa da por nós apresentada, pode ser encontrada em: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 65-68, 1999 e CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 5 ed. Milão : Giuffrè, 2000, p. 17-101.

³¹ Neste sentido oportunas são as palavras do mestre Carnelutti “*Ma senza fallo non si tratta qui che di una metafora; nella sostanza è affatto agevole osservare come la verità non possa essere che una,*

Com isso pode-se concluir que a noção de verdade formal para o processo civil não tem qualquer outra serventia senão a de legitimar o papel de juízes inertes e descomprometidos com a reconstrução dos fatos no processo.

2.4) Verdade, probabilidade e verossimilhança

Como já ressaltado nos tópicos anteriores o ideal de verdade é algo que norteia todo o sistema processual, seja ele civil ou penal. No entanto, não se pode negar a impossibilidade de atingir a verdade como um todo.

Na ânsia de proferir uma decisão justa o magistrado fará a reconstrução dos fatos pretéritos, buscando sempre conhecê-los da melhor forma possível. Será através das provas carreadas ao longo do processo³² que o juiz tomará ciência dos fatos alegados pelas partes e só então aplicará a regra jurídica ao caso concreto.

Não é preciso dizer que antes de ser magistrado o juiz é um ser humano como qualquer outro, ou seja, sujeito a acertos e erros, ao contrários do que pensavam os modernos, o julgador não é uma máquina de proferir decisões ausente de qualquer carga subjetiva.

É justamente em razão de existir no magistrado valores próprios do ser humano, de nele estar presente uma subjetividade da qual não se pode afastar, que se afirma que ao julgar o juiz não o faz com base em uma verdade real. O conhecimento que tem dos fatos não lhe permite excluir a possibilidade que os mesmos tenham ocorrido de maneira diversa daquela que lhe foi apresentada³³.

Todavia, é preciso dizer que em muitas situações, principalmente no que diz

onde la verità formale o giuridica o coincide con la verità materiale, e non è che verità, o ne diverge, e non è che una non verità, così che, fuor di metafora, il processo di ricerca assoggettato a norme giuridiche, che ne costringono e ne deformano la purezza logica, non può essere sinceramente considerato come un mezzo per la conoscenza della verità dei fatti, bensì per una fissazione o determinazione dei fatti medesimi, che può coincidere o non coincidere con la verità di questi e ne rimane affatto indipendente". (CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 2 ed. Roma : Edizioni dell'ateneo, 1947, p. 29-30.)

³² A questão referente à instrução probatória, à possibilidade de tanto as partes produzirem provas como o juiz será tratada nos capítulos seguintes, principalmente no capítulo 4.

³³ CALAMANDREI expressa muito bem esta idéia ao dizer que *"Perfino nei casi, assai rari, in cui il giudice può 'conoscere i fatti della causa' mediante la ispezione (art. 118 cod. Proc. civ.), la diretta percezione del fatto, che gli dà il grado massimo di certezza soggettiva, non basta ad escludere che la verità sia diversa da quella che, per un errore dei sensi, può essergli apparsa. Anche per il giudice più scrupoloso ed attento vale il fatale limite di relatività che è propria della natura umana: quello che si vede è solo quello che ci par di vedere"*. (CALAMANDREI, Piero. *Verità e verossimiglianza nel processo civile. Rivista di diritto processuale*, Padova, v. X (parte I), p. 165-166, 1965.

respeito à prova, o compromisso do processo com a verdade se torna de certa forma relativizado. Outrossim, como bem ressaltou Giovanni VERDE:

“No processo, as regras sobre prova não regulam apenas os meios de que o juiz pode servir-se para ‘descobrir a verdade’, mas também traçam limites à atividade probatória, tornando inadmissíveis certos meios de prova, resguardando outros interesses (como a intimidade, o silêncio, etc.) ou ainda condicionando a eficácia do meio probatório à adoção de certas formalidades (como o uso de instrumento público). Diante desta proteção legal (de forte intensidade) a outros interesses, ou ainda, da submissão do mecanismo de ‘revelação da verdade’ a certos requisitos, parece não ser difícil perceber que o compromisso que o direito tem com a verdade não é tão inexorável como aparenta ser”.³⁴

É da essência do ser humano a sua falibilidade, de modo que a perfeição é algo que não é própria do homem e por mais próximo que dela tente chegar a sua realização não se faz possível. Não existe a figura do juiz perfeito, justamente por ser ele sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história.³⁵

Por mais que o juiz, no momento de proferir a decisão, acredite que tenha feito tudo para alcançar a verdade dos fatos, e assim esteja em paz com sua consciência, isso não exclui a possibilidade de que produza apenas um juízo aproximativo da verdade. Esta margem de aproximação variará caso a caso conforme os meios de prova a que ele tenha tido acesso para proferir a decisão.³⁶

No entanto, este grau de incerteza que permanece nas decisões finais do juiz, e que delas é inafastável, como bem asseverou CALAMANDREI, não tem relevância jurídica.³⁷ No momento em que a sentença transita em julgado a crise de consciência do juiz perde qualquer significado. Isso não significa dizer que o trânsito em julgado de uma sentença torne verdade aquilo que era verossímil. O efeito da coisa julgada recai sobre a relação jurídica e não sobre os fatos. Estes, mesmo após o julgamento, permanecem como eram, não obstante o antigo aforisma que diz que a sentença passada em julgado transforma em branco o que era preto e o quadrado se torna redondo. A coisa julgada cria apenas a irrevogabilidade jurídica do

³⁴ VERDE. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. Op. cit., p. 41-42.

³⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à teoria geral do processo penal* (coord. por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p.15.

³⁶ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 166.

³⁷ Idem, *ibidem*, p. 167.

comando.³⁸

Mas se não é com base na verdade dos fatos que o juiz profere a sua decisão é com base no que ?

Citando WACH, CALAMANDREI afirma que todas as provas, em verdade, não são mais do que provas de verossimilhança.³⁹ No entanto, estes dois conceitos não se confundem. Sugere o autor que para que se possa chegar a uma noção do que seja um fato verossímil deve-se recorrer ao conceito de máximas de experiência⁴⁰, ou seja, a um critério geral, já adquirido pela prévia observação daquilo que normalmente acontece.⁴¹ A partir desta experiência será possível afirmar se os fatos em questão têm ou não aparência de serem verdadeiros. Mas isso não implica em dizer que um fato verossímil será sempre um fato verdadeiro.

Para bem entender a noção de verossimilhança e não confundi-la com outros conceitos é de boa prudência recorrer aos esclarecimentos prestados por Michele TARUFFO⁴². Segundo o autor o ponto de referência do juízo de verossimilhança pode não ser a realidade mas uma hipótese que se formula em torno dela e que se

³⁸ Tendo em vista a relevância destas colocações de CALAMANDREI faz-se necessário exprimir o pensamento do autor na sua forma original e de maneira completa *"Non sarebbe dunque esatto dire che il passaggio in giudicato trasforma il giudizio di verosimiglianza in giudizio di verità: l'effetto della cosa giudicata cade sui rapporti giuridici, non sui fatti. I fatti, anche dopo il giudicato, rimangono quelli che erano: nonostante l'antico aforisma, anche dopo il passaggio in giudicato il bianco resta bianco e il quadrato non diventa rotondo. La cosa giudicata non crea né una presunzione né una finzione di verità: la cosa giudicata crea soltanto la irrevocabilità giuridica del comando, senza prendersi cura di distinguere se le premesse psicologiche da cui questo comando è nato siano premesse di verità, o solo di verosimiglianza"*. (CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 167).

³⁹ WACH. *Apud* CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 164. Aqui a expressão verossimilhança tem um sentido diverso do antes empregado. Pode-se dizer que se trata de uma "verossimilhança final", ou seja, o grau mais próximo da "verdade" que o juiz consegue atingir até o final do processo.

⁴⁰ De forma bastante sintética, mas ao mesmo tempo esclarecedora, Michele TARUFFO procura mostrar a origem do conceito de máxima de experiência. Segundo o autor, *"a conceitualização originária do conceito de máxima de experiência ('Erfahrungssatz') foi formulada por Friedrich Stein em 1893, em sua conhecida obra sobre a ciência privada do juiz. Esse conceito transmigrou depois a outras culturas jurídicas européias e em particular à italiana, pela via de obra de vários processualistas, entre os quais, sobretudo, Francesco Carnelutti, até que se tornou uma espécie de lugar-comum e chegou a constituir objeto de uma literatura bastante ampla. Segundo a definição de Stein, que foi literalmente repetida por toda doutrina posterior, a máxima de experiência é uma regra geral construída indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas. Essa regra pode depois ser utilizada pelo juiz como critério para fundar seus raciocínios e, sendo uma regra geral, ela serve para este como premissa-maior dos silogismos mediante os quais articula seu raciocínio"*. (TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. trad. Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba : IBEJ, 2001, p. 26-27). Ainda tratando das máximas de experiência, CRESCI SOBRINHO, Elício. O juiz e as máximas de experiência. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 296, p. 430-436, out./dez., 1986.

⁴¹ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 168-169.

⁴² TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milão : Giuffrè, 1992, p. 158-166.

tem como parâmetro para valorar se uma assertiva é ou não verossímil. Assim, um juízo de verossimilhança não se confunde nem com um juízo de probabilidade nem com a verdade. A verossimilhança diz respeito a um momento anterior à instrução probatória, não exprime conhecimento ou grau de conhecimento, pois estes são fornecidos pelos elementos de prova dos quais a verossimilhança prescinde⁴³. Esta serve para designar o aspecto da afirmação sobre um fato que ainda não foi provado.

Mais uma vez fazendo uso das idéias de TARUFFO,⁴⁴ pode-se afirmar que a confusão muito freqüente entre verossimilhança e probabilidade decorre de distorções no uso desses dois conceitos, o que é decorrente da falta de clareza na definição de ambos. Diz o autor que uma dessas distorções diz com o conceito de verossimilhança e se verifica quando esta vem posta como sinônimo de probabilidade, ou seja, como uma situação na qual um fato não é provado de modo pleno, mas há elementos que o fazem aceitável.⁴⁵

Assim, cabe lembrar, que quando se fala que um fato é provável não se está fazendo referência a um juízo de verossimilhança, mas sim às provas deste fato, àquilo que foi possível conhecer a respeito do fato para que se aplicasse a norma ao caso concreto. Enquanto a probabilidade se relaciona com a instrução probatória a verossimilhança se relaciona com as máximas de experiência.

Quando se fala de uma fato provável faz-se referência a um fato que não foi exaustivamente provado mas cujas provas produzidas sobre ele foram suficientes para o esclarecimento do juiz. Entretanto, quando não se tem provas a respeito de um fato mas mesmo assim ele pode ser considerado aceitável não se está diante de uma probabilidade mas sim de um juízo de verossimilhança feito com base naquilo

⁴³ Idem, ibidem, p. 163-164. Tal entendimento é também expresso em CALAMANDREI: *Ora, il giudizio di verosimiglianza riguarda il primo momento, quello della allegazione, prima che il procedimento probatorio si sia iniziato, (...) Il giudizio di verosimiglianza invece non attende la rappresentazione probatorie del fatto da provare: esso si basa, prima della indagine in concreto, su una massima di esperienza che riguarda la frequenza con cui si producono nella realtà fatti del tipo di quello allegato. È un giudizio 'tipico' che vien fuori non dal confronto tra diverse rappresentazioni dello stesso fatto (tra la rappresentazione che ne dá la parte, e quelle, ad esempio, che ne danno i testimoni), ma dal confronto tra una rapresentazione di esso data dalla parte, e un giudizio di ordine generale già acquisito in anticipo, avente per oggetto la categoria tipica sotto la quale il fatto rappresentato si può far rientrare in astratto.* (CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 172-173)

⁴⁴ TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 475-487.

⁴⁵ Idem, ibidem, p. 475.

que acontece normalmente, ou seja, num *id plerumque accidit*.⁴⁶

Com isso, pode-se concluir que os juízos de verdade, probabilidade e verossimilhança dizem respeito a momentos diversos. O primeiro é inatingível, o segundo se relaciona com a instrução probatória enquanto que o terceiro é anterior a ela.

Poder-se-ia ainda dizer, como fez CALAMANDREI, que os conceitos de possibilidade, verossimilhança e probabilidade seriam noções aproximativas do conceito de verdade.⁴⁷ Mas o próprio autor reconhece que estas diferenciações são tênues e guardam certa carga de subjetividade

Todavia, um determinado grau de incerteza é inafastável, pois, caso contrário chegar-se-ia a uma verdade absoluta. Entretanto, como já ressaltou Sérgio COTTA, há três razões para que a verdade obtida no processo não coincida com a verdade substancial. *“A primeira delas diz com a alienação da consciência do juiz à verdade temporalmente sintética do evento. A segunda é a solidão do juiz no estabelecimento definitivo da verdade. E, finalmente, a impotência final do juiz em restabelecer a ‘continuidade das pessoas’”*.⁴⁸

Por fim, é preciso lembrar que a importância na diferenciação entre verdade, probabilidade e verossimilhança traz reflexos na interpretação das regras jurídicas e consequentemente no julgamento das causas, de modo que, ao aplicar a lei no caso concreto, o juiz deverá ter bem claro a qual desses três juízos a norma se refere⁴⁹.

⁴⁶ Com base nos estudos de CALAMANDREI, TARUFFO, afirma que a verossimilhança atem-se com as alegações de fato e não com as provas destes. Com isso se elimina qualquer alusão a verossimilhança como sendo uma prova precária dos fatos. O juízo de verossimilhança prescinde completamente da consideração de qualquer elemento probatório, seja ele forte ou precário, tem em vista apenas estabelecer se o fato, assim como afirmado, corresponde ou não a qualquer critério de normalidade. O juízo de verossimilhança consiste em afirmar que tal fato, se fosse verdadeiro, corresponderia aquilo que freqüentemente acontece. É por esta razão que a verossimilhança não pode ser objeto de prova mas apenas de demonstração ou de argumentação. O que pode ser objeto de prova são os fatos que poderão servir para o juiz formar seu juízo de verossimilhança. (Idem, ibidem, p. 477-480).

⁴⁷ CALAMANDREI diz que possível é aquilo que pode ser verdade, verossímil é aquilo que tem aparência de ser verdadeiro e provável seria, etimologicamente, aquilo que se pode provar como verdadeiro. (CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 170)

⁴⁸ COTTA. *Apud*, ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 689.

⁴⁹ Exemplo típico de confusão terminológica referente a esta matéria se encontra no art. 273 do CPC que exige prova inequívoca para que o magistrado se convença da verossimilhança das alegações. Pelo que foi dito acima aqui não se trata de um juízo de verossimilhança mas sim de probabilidade.

2.5) A verdade e a justiça das decisões

Com a pertinência de sempre, BARBOSA MOREIRA, assevera que “a parcela da verdade que podemos realmente atingir é reduzida; mas ao menos que se busque essa: antes buscar essa, do que não buscar nenhuma”.⁵⁰

Como qualquer outro instituto jurídico o processo deve ter seus fatores de legitimação. Sem medo de cometer qualquer exagero, pode-se dizer que a busca de uma pretensa verdade é o grande fator de legitimação do processo. CAPOGRASSI chega até mesmo a afirmar que o processo supõe a verdade, a idéia de verdade, que a verdade deve ser procurada, que a verdade deve ser obtida: supõe que se creia na verdade.⁵¹

Só há sentido em falar na verdade como fator de legitimação do processo na medida em que ela seja repleta de significado. Pode-se dizer que a descoberta da verdade está intimamente ligada com a realização da justiça, ou seja, aquela é instrumental em relação a esta. CALAMANDREI,⁵² de forma exemplar, defende a idéia de que só há sentido em continuar estudando o processo na medida em que a ele seja definido um escopo, mas qual escopo? Entende o autor que o único escopo possível para legitimar um processo democrático seria a justiça. O processo deve servir como um instrumento que possibilite a busca da verdade e consequentemente a efetivação da justiça. Pode-se concluir, assim, que o processo é antes de tudo um instrumento da razão, um método de “conhecimento da verdade”, a qual se buscará alcançar através dos meios de prova⁵³.

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de processo*, São Paulo, n. 35, p. 181, abr./jun., 1984.

⁵¹ CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo scienza verità. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. V (parte I), p. 19, 1950.

⁵² CALAMANDREI, Piero. Processo e giustizia. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. V (parte I), p. 283, 1950.

⁵³ Para bem compreender a extensão do pensamento do autor nada melhor do que as suas próprias palavras: “Ora, si noi vogliamo tornare a considerare il processo come strumento di ragione e non come sterile ed arido giuoco di forza e di destrezza, bisogna esser convinti che il processo è prima di tutto un metodo di ‘cognizioni’, cioè di conoscenza della verità, e che i mezzi probatori che noi studiamo sono veramente indirizzati e possono veramente servire a raggiungere e a fissare la verità: non le verità ultime e supreme che sfuggono ai piccoli uomini, ma la verità umile e giornaliera, quella di cui si discute nei dibattiti giudiziari, quella che gli uomini normali ed onesti, secondo la comune saggezza e secondo la buona fede, chiamano e hanno sempre chiamato la verità. E guai se nella mente del giudice entrasse (e speriamo che non vi sia mai entrata) la distinzione, che sembra entrata nei metodi della lotta politica, tra verità che si può dire e verità che è meglio tacere, tra verità utile e

A partir dessas afirmações pode-se asseverar que o escopo do processo vai além da busca da verdade, está ele voltado para a realização da justiça.

Ao comparar o processo com um jogo que serve à justiça, CALAMANDREI⁵⁴ esclarece que por mais que o escopo do processo seja a efetivação da justiça não será sempre que esta se concretizará. Além de ter razão faz-se necessário convencer o magistrado que dos fatos expostos decorre o direito pleiteado. Aí é que entra o papel da instrução probatória. A parte que se servir dos melhores meios de prova provavelmente ⁵⁵obterá uma decisão de mérito favorável.

Logo, as provas, como instrumento para “descoberta da verdade”, são um dos meios para efetivação da justiça.

verità dannosa, tra verità che giova al proprio partito e verità che giova al partito avversario. (CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 284)

⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. V (parte I), p. 23-51, 1950.

⁵⁵ O advérbio provavelmente foi aqui utilizado de forma proposital. Como se verá nos capítulos subsequentes não são só as partes que podem instruir o processo. Também o magistrado pode fazê-lo na medida em que entender necessário para que possa proferir uma decisão justa.

3) A INFLUÊNCIA DE ALGUNS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS SOBRE A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ

Uma reflexão mais apurada a respeito dos poderes instrutórios do juiz pressupõe necessariamente uma análise dos princípios processuais que com ele se relacionam. Para que se possa concluir em que termos tais poderes devem ser exercidos pelo magistrado alguns pressupostos devem estar preestabelecidos, demonstrados-se, assim, qual o substrato teórico das futuras conclusões.

Levando-se em consideração o papel desenvolvido pelos princípios na teoria do processo civil, optou-se por um estudo mais detalhado daqueles que mantêm uma relação mais próxima com os poderes instrutórios do juiz, seja ampliando seja restringindo a sua esfera de atuação.

3.1) O princípio dispositivo

Para muitos doutrinadores o princípio dispositivo está intimamente ligado aos poderes instrutórios do juiz, pois entendem que é este princípio que informa toda a sua atividade em matéria de provas.

No entanto, as coisas não se passam de uma forma tão simples assim. A doutrina não é pacífica no estabelecimento do significado da expressão princípio dispositivo. Alguns autores dão a ela um sentido bastante amplo enquanto outros o restringem.

Dentre as diversas acepções do princípio em exame uma delas informará o presente estudo, mas antes de demonstrá-la faz-se necessário examinar os diferentes sentidos atribuídos ao princípio dispositivo e justificar o motivo pelo qual não devem ser utilizados.

A palavra “dispositivo”, como bem lembrou BARBOSA MOREIRA, na sua origem, “*sugere relação imediata com o âmbito das relações jurídicas disponíveis, dos direitos de que os respectivos titulares podem dispor com liberdade, a seu próprio alvedrio*”.⁵⁶ Tal noção, sem embargo da sua simplicidade, foi transportada

⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de processo*, São Paulo, n. 51, p. 7, jan./mar., 1986.

para dentro do processo sem muito compromisso, dando ensejo a grandes e problemáticas confusões, como aquela de se supor que o que é disponível na esfera do direito material o é também na esfera do direito processual.⁵⁷ Segundo este entendimento, sempre que se tratasse de um direito disponível a vontade do particular deveria prevalecer também dentro do processo.

A partir desta colocação inúmeras outras dificuldades surgiram no estabelecimento de um significado uniforme para a expressão princípio dispositivo. As divergências doutrinárias, tanto nacionais como estrangeiras, se iniciaram quanto ao sentido dado já na origem de tal princípio.

Mais uma vez, fazendo uso do escólio de BARBOSA MOREIRA atenta-se para o fato de que foram os alemães aqueles que primeiramente, já no século XIX, preocuparam-se em compendiar em princípios ou máximas “as diretrizes político-jurídicas que se podem acolher na ordenação do processo”.⁵⁸

A noção clássica do princípio dispositivo *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet* teve a sua origem em duas “máximas” alemãs: *Verhandlungsmaxime* e *Dispositionsmaxime*.

Como se não bastasse as divergências no que tange ao conteúdo do princípio dispositivo no direito brasileiro elas também se mantêm quanto ao significado das duas “máximas” presentes no direito alemão.

Martin OSTOS, por exemplo, sustenta que:

“Por principio de aportación de parte (Verhandlungsmaxime) que en verdad hace efectivo el de elección dispositiva, se entiende la función que la Ley asigna a las partes de reunir y traer al proceso el material de hecho, mientras que el dispositivo (Dispositionsmaxime) hace referencia a la extensión del poder que en el proceso tienen la partes, es decir, al pleno dominio tanto sobre su derecho substantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio. A pesar de esta distinción, cuando nos referimos en adelante a ellos lo hacemos englobándolos en uno solo:

⁵⁷ Buscando explicitar em qual sentido tal confusão seria estabelecida BARBOSA MOREIRA afirma que “em semelhante óptica, pareceria razoável a expectativa de que, entre o domínio das relações jurídicas disponíveis e o das relações jurídicas indisponíveis, se pudesse estabelecer nítida contraposição, em tudo que se relacionasse com as diretrizes inspiradas no ‘princípio dispositivo’. Tais diretrizes presumivelmente se aplicariam, com exclusividade, aos processos em que se litigasse sobre relações jurídicas da primeira espécie. É o que faz crer, de modo intuitivo, a idéia de um nexo de antecedente a consequente entre a índole da relação jurídica e o regime processual adequado. Uma vez que neste o predomínio da vontade particular constitui reflexo da disponibilidade do direito, aquela deveria predominar onde quer que se cuidasse de direito disponível, e somente aí” (Idem, ibidem, p. 8).

⁵⁸ Idem, ibidem, p. 9.

dispositivo. Será el mejor modo de expresar lo que pretendemos".⁵⁹

Segundo Bruno CAVALLONE⁶⁰ pode-se tratar do princípio dispositivo tanto aludindo-se a *Verhandlungsmaxime* como a *Dispositionsmaxime*. A primeira "máxima" diria respeito à regra de que o juiz só poderia julgar segundo o alegado e provado pelas partes, ou seja, caberia às partes trazer ao processo o material fático, necessário e útil, que permitisse ao juiz proferir uma decisão no processo. Já a segunda "máxima", mais ampla que a primeira, se manifestaria no fato de que toca às partes iniciar o processo e delimitar seu objeto⁶¹.

Para Fritz BAUR, a *Dispositionsmaxime* representaria a possibilidade das partes disporem sobre o objeto do litígio enquanto a *Verhandlungsmaxime* expressaria a necessidade de os fatos alegados na demanda provirem exclusivamente das partes.⁶²

Na opinião de BEDAQUE,⁶³ há grande controvérsia para estabelecer o conteúdo de cada máxima, pois, como já demonstrado, uns consideram que a *Dispositionsmaxime* é integrada pela dedução dos fatos em juízo pelas partes, ou seja, se a parte tem o monopólio da propositura da demanda, em razão da natureza privada do direito subjetivo que lhe assiste, cabe ao juiz julgar cingindo-se aos fatos por elas narrados. Já outros autores defendem que a dedução dos fatos apenas pelos litigantes integra o *Verhandlungsmaxime*.

Não obstante a autoridade das opiniões acima aludidas faz-se necessário, para os fins deste trabalho, determinar qual o sentido que será aqui adotado para cada uma das "máximas". Juntamente com BABOSA MOREIRA, entende-se que a expressão *Dispositionsmaxime* faz referência "à liberdade do titular do direito de utilizar ou não o instrumento do processo para a respectiva vindicação", ou seja, ao poder conferido ao titular do processo para decidir a respeito da sua subsistência e da delimitação do objeto do litígio, enquanto a "máxima" *Verhandlungsmaxime* diz

⁵⁹ OSTOS. *Apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994, p. 66.

⁶⁰ CAVALLONE, Bruno. *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova : CEDAM, 1991, p. 99-101.

⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 101.

⁶² BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de processo*, São Paulo, n. 27, p. 188; 191-192., jul./set., 1982.

⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 67. Ver também LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 50. t. I.

respeito “ao modo de funcionar do mecanismo processual no tocante aos fatos e à prova destes (...), com o poder de introduzir no processo a matéria de fato, de decidir sobre a necessidade da respectiva verificação e de tomar a iniciativa desta”.⁶⁴ Optou-se por esta definição tendo em vista a sua clareza e objetividade no tratamento das duas “máximas”.

No entanto, como se verá adiante, a colocação do *Dispositionsmaxime* e do *Verhandlungsmaxime* como fundamentos do princípio dispositivo se apresentam muito mais como algo com caráter histórico e teórico do que como algo de real aplicação prática. Isso porque, levando-se em consideração os escopos do processo civil moderno, a expressão “princípio dispositivo” deve estar relacionada aos reflexos que a relação jurídica de direito material produzirá no processo e não aos atos processuais em si.

Porém, antes de se demonstrar qual o conteúdo que se deve dar ao princípio dispositivo, faz-se necessário analisar os diversos sentidos a ele atribuídos pela doutrina.

Tradicionalmente, entendeu-se que em respeito ao princípio dispositivo o juiz só poderia julgar de acordo com o alegado e provado pelas partes (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*). De acordo com este princípio o juiz estaria vinculado duplamente, não poderia decidir com base em fatos que as partes não tivessem trazido aos autos e deveria aceitar como verdadeiras as afirmações não controvertidas pelos litigantes.⁶⁵

Explicitando esta visão ECHANDÍA sustenta que o princípio dispositivo tem dois aspectos: 1) o primeiro se mostra no sentido de que cabe às partes iniciar o processo formulando a demanda, fazer os pedidos e até mesmo desistir dela; 2) o segundo confere às partes o poder de solicitar às provas, sem que o juiz possa ordená-las de ofício.⁶⁶ Logo, seguindo esta linha de pensamento, o princípio

⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 9.

⁶⁵ Nesse sentido, entre outros: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 64; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 61; CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 2. ed. Roma : Edizioni dell'Ateneo, 1947, p. 16-18; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1993, v. I p. 323; MICHELI, Gian Antonio. Teoria geral da prova. *Revista de processo*, São Paulo, n. 3, p. 162-163, jul./set., 1976.

⁶⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1997, p. 60.

dispositivo se apoiaria sobre a suposição de que às partes cabe a iniciativa geral dentro do processo, devendo o juiz ater-se exclusivamente às atividades destas, sem que lhe seja permitido ir além daquilo que tenha sido por elas fixado ou requerido.⁶⁷

Seguindo esta premissa, muitos autores⁶⁸ procuraram explicar o princípio dispositivo a partir da sua contraposição ao princípio inquisitório. Nos sistemas em que rege este princípio competiria ao juiz os poderes de iniciativa probatória, o magistrado não precisaria ficar restrito aos meios de prova a ele apresentados pelas partes.

No entanto, como bem demonstrou CHIOVENDA,⁶⁹ estes princípios não se apresentam de forma pura em nenhum dos sistemas processuais modernos, devendo-se falar em sistemas onde predomine o princípio inquisitório ou sistemas em que predomine o princípio dispositivo.

Não obstante a menção da maioria dos doutrinadores à forma clássica de explicar o princípio dispositivo (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), a quase que totalidade dos processualistas aponta na direção da superação desta concepção. Não há a menor dúvida de que, sem deixar de lado as ainda remanescentes divergências, a visão tradicional do princípio dispositivo está ultrapassada. Mas então qual o sentido que se deve conferir ao princípio dispositivo para que ele se adapte às necessidades do processo civil moderno?

Antes de responder a esta pergunta mostra-se necessário trazer à tona algumas das concepções ainda reinantes no sistema processual vigente.

Segundo ARRUDA ALVIM, o princípio dispositivo se desdobra em três subprincípios:

“a) subprincípio do impulso processual das partes – esta é que, mediante a demanda, instaura o processo, iniciando-se assim o procedimento; b) aquele subprincípio normalmente enunciado em latim ‘ne eat iudex ultra petita partium’, ou também, ‘sententia debet esset conformis libello’, significa que a parte além de iniciar procedimentalmente o processo, é que lhe dá o conteúdo jurídico-substancial, o qual,

⁶⁷ Neste sentido, ECHANDÍA, Hernando Devis. Op. cit., p. 60; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires : Depalma, 1993, p. 186.

⁶⁸ CINTRA, , Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 64-65; SILVA, Ovidio Baptista da. Op. cit., p. 62; ECHANDÍA, Hernando Devis. Op. cit., p. 60-61.

⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli : Jovene, 1965, p. 726-727.

por sua vez vinculando o magistrado, se projeta na sentença; c) ainda, ao lado do dever do juiz de atender ao pedido das partes, depende o juiz da prova produzida pela parte interessada não podendo decidir prescindindo da prova dos autos (...). Desta forma o juiz depende estritamente das alegações, tendo que julgar 'secundum allegata et probata, (...)'.⁷⁰

Já Eduardo COUTURE dá ao princípio dispositivo uma feição ainda mais ampla. No entender do autor o referido princípio se faz presente em sete situações diversas: 1) iniciativa - sem a iniciativa da parte interessada não há demanda; 2) impulso - em um processo onde prepondera o princípio dispositivo o impulso processual está confiado às partes; 3) disponibilidade do direito material - promovida a demanda seu autor pode abandoná-la expressamente, tacitamente, por acordo expresso com o adversário ou por abandono tácito de ambas as partes; 4) disponibilidade das provas - às partes cabe a iniciativa das provas; 5) limites da decisão - o juiz não pode conceder mais do que aquilo que tenha sido pedido pelas partes, nem pode omitir-se de pronunciar a respeito de algum dos pedidos das partes; 6) legitimação para recorrer - só pode recorrer quem tenha sido prejudicado de alguma forma com a decisão; 7) os efeitos da coisa julgada - a coisa julgada só surte efeito entre as partes que tenham litigado.⁷¹

Sem se distanciar de forma considerável das concepções acima mencionadas, a maioria da doutrina, ao enunciar o princípio dispositivo, ainda o relaciona com a limitação da atividade do juiz na instauração e na instrução do processo. Os processualistas que assim se posicionam acreditam que o conteúdo do princípio dispositivo ainda segue a máxima latina *iudex iudicare debet allegata et probata partium*, no entanto, afirmam que este sofreu certas atenuações em razão do maior número de poderes conferidos aos juizes. Por todos CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO "O Código de processo Civil não só manteve a tendência publicista, que abandonara o rigor do princípio dispositivo, permitindo ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade, como ainda reforçou os poderes diretivos do magistrado (arts. 125, 130, 131, 330, 342 e 420). O sistema adotado representa uma conciliação do princípio dispositivo com o

⁷⁰ ALVIM NETTO, José Manoel de. *Direito processual civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972. v. 1, p. 114-115.

⁷¹ COUTURE, Eduardo J. Op. cit., p. 187-189. No mesmo sentido, mas de uma mais restrita cf. ECHANDÍA, Hernando Devis. Op. cit., p. 62.

da livre investigação judicial”.⁷²

Sem questionar a autoridade dos autores acima mencionados entende-se que a conotação a ser dada ao princípio dispositivo deve ser diversa da por eles adotada. Os processualistas citados ao tentarem definir um certo conteúdo ao princípio dispositivo colocam sobre a mesma rubrica coisas diversas.⁷³

Ao se afirmar que uma das expressões do princípio dispositivo está no fato de que o processo só se instaura com o impulso das partes incorre-se na primeira confusão, pois trata-se como princípio dispositivo o que na realidade deveria ser apontado como princípio da demanda.⁷⁴

Visando justificar esta concepção do princípio dispositivo grande parte da doutrina ainda insiste em afirmar que se a parte pode dispor do seu direito material, decidindo ingressar ou não com a ação, cabe também a ela carrear aos autos as provas que entender necessárias para a solução do litígio. Se deixar de exercitar esse ônus estará dispondo do seu direito de fazê-lo. Entretanto, como se demonstrará nos capítulos subseqüentes, o processo civil brasileiro não cuida apenas de interesses disponíveis, de modo que vincular a atividade probatória do juiz à natureza do direito material em litígio é um equívoco que deve ser afastado.

No entender de BARBOSA MOREIRA:

“quando se diz que se deve deixar às partes trazer ou não as provas que quiserem, e se não as trazem é porque estão dispondo de um direito seu, esquece-se que, ainda que as partes possam dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder do juiz de averiguar o fato. Esse poder, se não quisermos

⁷² CINTRA, , Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 66. Neste mesmo sentido cf. BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 323-324. De uma forma bastante precisa Ovídio Baptista da SILVA sugere que “no direito brasileiro, pode-se dizer que ainda vigora o princípio dispositivo como regra fundamental, ou como simples princípio diretivo, sujeito, porém, a severas limitações previstas pelo legislador em inúmeros dispositivos legais que o abrandam consideravelmente, outorgando ao juiz uma apreciável faculdade de iniciativa probatória(...). A regra fundamental, em direito probatório, que confere expressão legal ao princípio dispositivo está no artigo 333 do CPC, segundo o qual o ônus da prova incumbe às partes, cabendo ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova da existência de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (Op. cit., p. 61-63).

⁷³ Em razão da sua importância no estudo do princípio dispositivo cabe ainda trazer à lume as idéias de CAPPELLETTI. Segundo o autor o princípio dispositivo pode ser manifestado de formas diversas: 1) o princípio da demanda; 2) o princípio da exceção; 3) *ne eat iudex ultra petita partium*; 4) princípio da impugnação privada da sentença; 5) princípio da disponibilidade privada do processo. (DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 46, p. 106-107, jul., 1989).

⁷⁴ O próximo item do presente trabalho cuidará de especificar o conteúdo do princípio da demanda e suas peculiaridades.

incorrer em 'petição de princípio', isto é, dar por demonstrado o que seria necessário demonstrar, não é um poder exclusivo da parte".⁷⁵

Também não é correto afirmar que o dever de correlação entre o pedido e a sentença seja decorrência do princípio dispositivo. Independente da natureza do direito do autor, seja ele disponível ou indisponível, ao julgar o magistrado deverá se ater aos limites a que foi demandado.⁷⁶

Diante de toda essa ordem de divergências⁷⁷, entende-se que encontra-se com razão José Roberto dos Santos BEDAQUE ao afirmar que

"a denominação princípio dispositivo deve ser reservada aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos exatamente em virtude da natureza do direito material em questão".⁷⁸

Com isso, pode-se concluir que as limitações aos poderes do juiz de iniciar a demanda e de instruí-la não decorre da natureza do direito material em litígio. O princípio dispositivo diz com os reflexos que a relação jurídica de direito material produz na relação jurídica processual.

⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de processo*, São Paulo, n. 35, p. 180, abr./jun., 1984.

⁷⁶ As relações entre os poderes do juiz e o direito material serão analisadas no capítulo 4.

⁷⁷ Ao longo deste tópico foram apontadas diferentes formas de abordagem do princípio dispositivo. Afrânio da Silva JARDIM, apoiado em Cappelletti e Carnacini traz à tona outro modo, bastante interessante, de entender aquele princípio. Nas palavras do autor: "*autores há que separam no princípio dispositivo dois aspectos bastante distintos. Distinguem um princípio dispositivo no plano material e outro no plano formal. (...) O princípio dispositivo material, segundo lição de Cappelletti, Carnacini e Jorge Peyrano, diz respeito à disponibilidade dos direitos subjetivos derivados da relação material controvertida no processo. As partes têm sempre possibilidade de dispor de seus direitos, salvo as restrições de ordem pública ou decorrente de situações pessoais. Já o princípio dispositivo formal consubstancia-se na possibilidade, maior ou menor, de as partes disporem das suas faculdades, direitos, poderes e ônus processuais. Enquanto o primeiro diz respeito à relação substancial, o segundo refere-se à relação processual*". (O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno. *Revista de processo*, São Paulo, n. 44, p. 168, out./dez., 1986).

⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 68. A respeito das máximas alemãs utilizadas para explicar o princípio dispositivo o autor afirma que: "*o 'Dispositionsmaxime', que alguns entendem como 'princípio da demanda' e outros como 'princípio dispositivo', não decorre da disponibilidade do direito substancial. Quanto ao 'Verhandlungmaxime', ou seja, a estrutura interna do processo mantida sob o domínio das partes, especialmente quanto à colheita de provas, que a maioria da doutrina identifica como verdadeiro 'princípio dispositivo', tem sido rejeitado pela moderna ciência processual, pois a prevalência dele e da plena disponibilidade das relações jurídico processuais esta ligada a*

A partir destas observações, percebe-se que a leitura mais condizente com as necessidades do processo civil moderno é aquela que enxerga o princípio dispositivo como uma limitação imposta ao juiz em virtude da disponibilidade da relação litigiosa e não como uma expressão ou ainda como uma relativização da máxima *iudex iudicare debet allegata et probata partium*.

Se a parte, ao longo do processo, decide dispor do seu direito material, renunciando, desistindo ou reconhecendo o pedido da parte contrária, caberá ao juiz verificar apenas se tal direito é passível de disposição, não influenciando no conteúdo de tal ato. Aí está o verdadeiro caráter do princípio dispositivo.

Para finalizar, sem restar dúvidas no que tange à autoridade desta concepção a respeito do conteúdo do princípio dispositivo, cabe lembrar mais uma vez a lição de BARBOSA MOREIRA:

“O panorama denota insuficiente reflexão sobre o assunto. Bem se sabe quanto é difícil contrariar usos inveterados, em terminologia como em tudo mais. Em determinados casos, porém, vale a pena tentar. A invocação do princípio dispositivo ameaça, às vezes, entre nós converter-se em *slogan* cômodo, capaz de dar solução rápida a uma série de questões, que se tende supor análogas com facilidade tanto maior quanto menor o tempo, ou a vontade, de investigar se a suposição verdadeiramente se justifica. É uma simplificação perigosa; entre outros motivos, pelas falsas correlações de idéias que pode ocasionar ou favorecer”.⁷⁹

3.2) Do princípio da demanda

Embora muitas vezes deixado de lado, ou tomado como um subprincípio do princípio dispositivo, o princípio da demanda é tão importante quanto o primeiro para o estudo dos poderes instrutórios do juiz.

De um modo geral os autores⁸⁰ não fazem distinção entre princípio dispositivo e princípio da demanda, no entanto, tal diferenciação se mostra relevante.

Enquanto o princípio dispositivo pode ser visto como um reflexo da relação de

concepções privatistas do direito processual, hoje completamente ultrapassadas” (Idem, ibidem, p. 70).

⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de processo*, São Paulo, n. 41, p. 12, jan./mar., 1986.

⁸⁰ Tratando o princípio da demanda como possível manifestação do princípio dispositivo: ECHANDÍA, Hernando Devis. Op. cit., p. 60-63; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 23, p. 180-181, jul./set., 1981; DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Os poderes do juiz. *O processo civil contemporâneo* (Coord. Luiz Guilherme

direito material no processo, como uma limitação imposta ao juiz em virtude da disponibilidade da relação litigiosa, o princípio da demanda decorre do fato de que o processo só pode ter início quando houver a provocação de uma das partes interessadas (*ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore*).⁸¹ Assim, cabe a parte impulsionar o exercício da atividade jurisdicional, seja a relação jurídica de direito material disponível ou indisponível.

Quando se indaga a respeito do princípio da demanda a natureza da relação jurídica de direito material não exerce papel preponderante, seja ela qual for caberá às partes provocar o exercício da jurisdição. Em decorrência desta característica há quem chame o princípio da demanda de princípio da ação, pois é dado às partes, e somente a elas, o direito de provocar o exercício da função jurisdicional.⁸²

Nos sistemas processuais modernos, dentre os quais se inclui o brasileiro, não mais se admite que o magistrado, via de regra, dê início ao processo. Tal experiência, característica dos sistemas processuais inquisitórios puros, demonstrou de forma bastante evidente que quando se confunde na mesma pessoa as figuras de investigador e julgador a imparcialidade do juiz fica comprometida.

Se a parte deseja obter do Estado uma tutela jurisdicional deve provocá-lo para que então possa receber a resposta almejada. Neste sentido LIEBMAN afirma que:

“Essa iniciativa, pois, que se exerce propondo a ação em juízo pela forma adequada, representa para a parte antes de tudo um ônus, ou seja, ato necessário para aquele que espera obter a proteção do seu direito dê início a um procedimento. (...) Mas a iniciativa do processo é ao mesmo tempo, também um direito da parte, ou seja, o direito de provocar o exercício da jurisdição com referência a uma situação jurídica em que ela é interessada, visando a obter do juiz a proteção de um interesse próprio ameaçado ou violado, ou a satisfação de um interesse próprio que se afirma insatisfeito”.⁸³

Independente da natureza do direito, disponível ou indisponível, para que

Marinoni). Curitiba : Juruá, 1994, p. 86-87; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 5 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 348.

⁸¹ Este princípio vem colocado expressamente pelo Código de Processo Civil em seu artigo 2º - “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional **senão quando a parte ou o interessado a requerer**, nos casos e formas legais” (grifei), bem como no artigo 262 que reza: “**O processo civil começa por iniciativa da parte**, mas se desenvolve por impulso oficial”. (grifei)

⁸² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 57.

⁸³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p. 145-146.

possa ser satisfeito faz-se necessário provocar o Estado-juiz por meio da ação para que a pretensão possa ser atendida. A partir desta observação pode-se concluir que o princípio da demanda não está vinculado à disponibilidade ou indisponibilidade da relação jurídica de direito material. O Código de Processo Civil (arts. 2º e 262), ao exigir a iniciativa da parte para que o processo se inicie, não faz nenhuma restrição no que tange à natureza do direito. Seja qual for a categoria dos direitos em litígio a vedação ao magistrado de instaurar o processo *ex officio* estará sempre presente. No entanto, a essa regra verificam-se raras exceções que, em virtude de suas especificidades, merecem ser aqui mencionadas.

A primeira exceção pode ser encontrada no processo de falência. Ovídio Baptista da SILVA menciona que o juiz pode dar início ao procedimento que visa a *“declaração de falência contra o devedor concordatário quando o pedido de concordata preventiva ressinta-se de algum defeito que a lei considera grave, de modo a impossibilitar a concessão desse privilégio”*.⁸⁴

Outra exceção encontra-se no artigo 989 do CPC que permite que o juiz determine de ofício a abertura do inventário se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos 987 e 988 o requererem no prazo fixado em lei.⁸⁵

Pode-se perceber que as exceções acima apresentadas dizem respeito a direitos disponíveis, deste modo, a impossibilidade de se procurar explicar o princípio da demanda pela natureza da relação jurídica de direito material se torna ainda mais evidente.

Logo, é possível dizer que o princípio da demanda significa que *“a invocação da tutela jurisdicional é um direito estritamente individual e que a defesa dos interesses próprios fica à livre iniciativa do seu titular”*.⁸⁶ Desse princípio decorre o princípio da congruência, segundo o qual o juiz deve julgar de acordo com aquilo

⁸⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. Op. cit., p. 65.

⁸⁵ Além dessas duas exceções BARBOSA MOREIRA ainda aponta uma terceira que diz respeito “ao direito do proprietário ou possuidor da área, em face do titular da autorização, à percepção de renda e à indenização de prejuízos resultantes da pesquisa mineral. Contudo, não havendo acordo entre os interessados, incumbe ao juiz da comarca, onde se situa a jazida, cientificado pelo órgão administrativo competente, mandar proceder de ofício à avaliação da renda e da indenização, assim como, após o julgamento, intimar o titular da autorização a depositar a quantia equivalente ao valor bial da primeira e a prestar a caução pela segunda (Dec.-lei 227, de 28.2.67, art. 27, VI e ss.)”. (Op. cit., p. 8).

⁸⁶ BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 14.

que foi pedido pelas partes, sendo-lhe vedado julgar *extra*, *ultra* ou *citra petita*, ou seja, a sentença proferida pelo juiz deverá estar cingida aos limites colocados no requerimento das partes.

Com isso, é possível concluir que a adoção do princípio da demanda pelo Código de Processo Civil foi uma forma de restringir a atuação do juiz. Em decorrência desse princípio o juiz não pode nem iniciar um processo de ofício nem sentenciar fora ou além daquilo que foi pedido pelas partes.

3.3) Do princípio da igualdade processual

Consagrado pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*) o princípio da isonomia reflete-se diretamente no processo. Assim como os demais princípios constitucionais ele informará o intérprete do direito na aplicação das normas infra-constitucionais ao caso concreto.⁸⁷ A propósito, DINAMARCO afirma que “a Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo ordenamento jurídico”.⁸⁸

Pode-se dizer que no processo civil tal garantia constitucional se faz presente na medida em que se deve assegurar às partes uma igualdade de tratamento, igualdade esta que não deve ser apenas formal, mas substancial.⁸⁹ Tal situação vem retratada no artigo 125, I do CPC: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Já há algum tempo vem se concretizando a idéia da “função social do

⁸⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 4 ed. São Paulo : Atlas, 1998, p. 57.

⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6 ed. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 41.

⁸⁹ A respeito da diferenciação entre igualdade formal e material cabe mais uma vez citar a lição de BARBOSA MOREIRA: “Es hoy en día una verdad de Perogrullo la distinción entre la igualdad formal, que se da por satisfecha con la pura identidad de derechos y deberes otorgados por los textos legales a los miembros de la comunidad, y la igualdad material, que tiene en cuenta las condiciones concretas bajo las cuales, ‘hic et nunc’, se ejercen los derechos y se cumplen los deberes. En muchas leyes modernas, el designio de promover la igualdad material se sirve exactamente de derogaciones impuestas a la igualdad formal”. (La igualdad de las partes en el proceso civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 44, p.176 , out./dez., 1986).

processo civil”⁹⁰, este deixa de ser visto apenas como um meio para a manutenção e legitimação do *status quo* e passa a ser encarado como um instrumento de realização da justiça. O processo deve buscar oferecer às partes uma solução o mais próximo possível daquela que seria obtida caso não tivesse sido necessário recorrer ao Judiciário. Desta forma, o princípio constitucional acima mencionado exige que o processo não venha a ser utilizado como mais um meio de promoção de desigualdades.

Pode-se dizer que o processo encontra credibilidade entre os cidadãos na medida em que lhes oferece um procedimento equânime e uma solução justa. Para isso é necessário que haja, senão uma igualdade total, ao menos uma atenuação das desigualdades entre os litigantes. A busca do Judiciário para a solução dos conflitos só se justifica na medida em que as partes nutram alguma esperança não só na vitória, mas também na sua efetividade prática.⁹¹

Com razão encontra-se José Roberto dos Santos BEDAQUE quando assevera que: *“dentre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes, encontra-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz as necessidades da sociedade moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial. Muitas vezes sua omissão na instrução do feito se deve a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito”*.⁹²

A partir dessas observações do processualista paulista pode-se perceber que as disparidades existentes entre as partes no processo não se dão apenas por fatores de ordem jurídica. Elementos extra-processuais acabam por influenciar no modo pelo qual as provas são produzidas no processo.

Diversos são os fatores que contribuem para desequilibrar as forças entre os litigantes, o principal deles, e que acaba por influir nos demais, é o de ordem econômica. A parte economicamente mais débil certamente terá maiores dificuldades na produção de provas para o processo. Além disso, o seu advogado,

⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de processo*, São Paulo, n. 37, p. 140-150, jan./mar., 1985.

⁹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 44, p. 177, out./dez., 1986.

⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 72.

muito provavelmente, será tecnicamente inferior ao defensor da parte economicamente mais forte. Outrossim, deve-se atentar para o fato de que “os litigantes habituais” têm chances mais elevadas de se sagrarem vencedores na demanda em relação aos “litigantes eventuais”.⁹³

Assim, se não bastasse o fato das custas e do tempo do processo produzirem efeitos mais cruéis sobre a parte economicamente mais fraca, não raro a sua capacidade instrutória também aparece de forma debilitada.

Aceitar que o processo se contente em premiar o litigante “mais forte”, que possua melhores recursos de ataque ou de defesa, em detrimento da parte hipossuficiente é ir de encontro com a concepção de um processo civil democrático. Admitir que o processo se desenvolva em benefício da parte mais abonada mas que não tem razão é legitimar o fracasso da atividade jurisdicional.

Deste modo, o artigo 125, I do CPC deve ser interpretado de forma a assegurar às partes uma igualdade substancial, independente das suas diferenças de ordem econômica, cultural e social, de modo que tais desníveis influam o mínimo possível no resultado do processo.⁹⁴

Demonstra-se, assim, a necessidade de meios que venham no sentido de eliminar, ou ao menos atenuar, as desigualdades existentes entre os litigantes.

Nos feitos em que o Ministério Público atue como *custos legis* poderá ele, verificando a inércia de uma das partes no sentido de produzir certa prova que considere necessária para o esclarecimento dos fatos, determinar que a mesma se realize. No entanto, isso não impede que o magistrado, tanto em feitos desta natureza como nos demais, ordene, *ex officio*, a produção de uma prova.⁹⁵

Assim, é possível afirmar que os poderes instrutórios do juiz podem ser vistos como um dos instrumentos mais poderosos no sentido de promover a igualdade entre as partes. Participando ativamente na produção das provas o magistrado poderá evitar que eventuais desníveis econômicos venham a influenciar na justiça

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 25-26.

⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 31, p. 203, jul./set., 1983.

⁹⁵ A questão da produção de provas de ofício pelo juiz, bem como a extensão dos seus poderes instrutórios no processo serão examinadas no capítulo seguinte.

da decisão.⁹⁶ Em um Estado Democrático de Direito o que se quer é que se assegure às partes um verdadeiro equilíbrio de forças, independente dos fatores externos.

Não se quer que o juiz substitua o papel das partes na instrução probatória, o que se almeja é que o magistrado, sujeito encarregado de proferir uma decisão justa, atue no processo de modo a evitar que entre as partes se aprofunde ainda mais o abismo já existente na esfera do direito material. Ao processo não importa quem tem mais ou menos, mas sim quem tem razão. É nesta medida que se defende uma intensificação dos poderes instrutórios do juiz.

O processo, em todos os seus âmbitos, deve ser visto como um instrumento de realização da justiça. A igualdade das partes só se verifica na medida em que a solução obtida no processo não seja resultado das disparidades existentes entre os litigantes. O processo não deve ser encarado como um jogo, em que sagra-se vencedor aquele que for mais esperto e que tiver superioridade de armas.

CALAMANDREI⁹⁷, percebendo a função social do processo, afirma que as regras de direito processual têm como escopo a obtenção de justiça, são elas que oferecem o método, a direção para consegui-la. É neste sentido que devem ser interpretadas. No entanto, a simples existência dessas regras não garantirá que aquele que tem razão obtenha uma sentença justa, faz-se necessário a conjugação de outros fatores. Tenha-se em conta a lição do mestre italiano: *“per ottenere giustizia non basta aver ragione. Anche l’antico proverbio veneto, tra gli ingredienti che occorrono per vincer le liti, mette sí al primo posto l’aver ragione”, ma subito dopo aggiunge che occorre altresì ‘saverla espor’, ‘trovar chi la intenda’, e ‘che la voglia dar’, e alla fine ‘debitor che possa pagar’”*.⁹⁸

Assim, de nada adianta a previsão legal do artigo 125, I do CPC se na prática ela não for efetivada. A igualdade que se propugna não é apenas aquela abstratamente prevista na lei, é preciso que ela se concretize no processo.

⁹⁶ Em sentido contrário, FAZZALARI sustenta a idéia de que o juiz não deve intervir no processo visando promover a igualdade entre as partes. Para o autor a atenuação das desigualdades entre os litigantes é algo que deve ocorrer antes da formação do processo, como quando se confere, por meio do Estado, à parte economicamente mais débil, a assistência jurídica gratuita. (FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. *Rivista di diritto processuale*, n. 2, Padova, p. 199-203, abr./jun., 1972).

⁹⁷ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. V (parte I), p. 24, 1950.

⁹⁸ Idem, ibidem, p. 24-25.

Não raro, para os litigantes, o processo é visto como um jogo, em que vencerá aquele que for mais hábil. Como bem aponta CALAMANDREI, feliz coincidência é aquela que se verifica quando entre dois litigantes o mais justo é também o mais hábil, mas, quando isso não acontece, periga do processo, ao invés de ser um instrumento de realização de justiça, criado para favorecer aquele que tem razão, se tornar um instrumento de habilidade técnica, feito para dar vitória ao mais sagaz.⁹⁹

É dentro deste contexto que se faz necessário confiar ao juiz um papel mais ativo na direção do processo. Caberá ao magistrado suprir certas falhas na atuação dos litigantes em matéria probatória quando estas decorrerem da sua inferioridade econômica ou técnica. Como bem evidenciou o provérbio vêneto não basta ter razão, é necessário convencer o julgador disso, o que se faz por meio das provas. Entretanto, é importante lembrar que não são poucos os casos em que uma das partes deixa de realizar certa prova muito mais pela sua deficiência técnica e econômica do que por sua negligência. Frente a esta situação caberá ao juiz agir ativamente na instrução probatório, sob pena de vir a proferir uma decisão injusta.

Diante deste quadro assiste razão a CAPPELLETTI quando sustenta que tal tomada de posição não é ausente de riscos, como por exemplo um eventual comprometimento da imparcialidade do juiz, no entanto, *“é um perigo que fica ‘contrabalanceado’ com outro valor, o de real igualdade das partes e não meramente formal”*.¹⁰⁰

Vê-se, daí, a importância de, no processo, se clamar por uma efetiva igualdade entre as partes. E, em conclusão, apontando neste sentido disserta BARBOSA MOREIRA:

“La realización perfecta del ideal de igualdad – en el proceso y fuera de él – es y será siempre una utopía. Pero semejante convicción no ofrece una disculpa válida a quienes, pudiendo actuar en el sentido de promoverla, prefieren omitirse. Si es cierto que no se logrará jamás eliminar completamente la desigualdad material entre las partes, también es cierto que no estamos autorizados a conformarnos pasivamente con la perversa desfiguración que ella imprime en el funcionamiento del mecanismo judicial”.¹⁰¹

⁹⁹ Idem, ibidem, p. 25.

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1993, p. 17.

¹⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 44, p. 183, out./dez., 1986.

Desta forma, conclui-se no sentido de que, frente a uma situação de desigualdade entre as partes, deverá o magistrado exercer seu papel ativo na direção do processo. Só assim poderá oferecer às partes uma solução justa, sem correr o risco de comprometer o principal escopo da jurisdição, qual seja: a pacificação social.

3.4) Do princípio da imparcialidade

Princípio inseparável do órgão da jurisdição, o princípio da imparcialidade aparece ligado à idéia do juiz como um sujeito processual colocado acima dos interesses das partes, podendo-se dizer até mesmo que a imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se constitua e se desenvolva validamente.¹⁰²

A relevância deste princípio¹⁰³ fica ainda mais evidenciada na medida em que ele se faz presente na **Declaração Universal dos Direitos dos Homens**, a qual estabelece que: *“toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação dos seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”*.¹⁰⁴

Sem deixar de lado a real importância que deve ser dada ao princípio da imparcialidade, é preciso atentar para o fato de que o mesmo não deve ser utilizado como um subterfúgio para se negar o papel ativo do juiz na colheita de provas. No

¹⁰² CINTRA, , Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 51-52. BREDÁ, tratando da relação jurídica no direito processual penal vai ainda mais longe. Para este autor o juiz que tiver a sua capacidade específica subjetiva violada por razões de impedimento estará privado do exercício da jurisdição no caso concreto, o que faz com que os atos por ele praticado não sejam apenas inválidos, mas sim inexistentes. (BREDÁ, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista do Ministério Público*, Curitiba, n. 09, p. 183-184, 1980.

¹⁰³ Devido à importância deste princípio são diversos os meios colocados pela lei à disposição das partes com o intuito de preservar a imparcialidade do juiz. No Código de Processo Civil os artigos 134 e 135 cuidam de duas figuras relacionadas à manutenção da imparcialidade do juiz: o impedimento e a suspeição, as quais podem ser alegadas pelas partes (exceção de impedimento ou suspeição) ou reconhecidos *ex officio* pelo juiz.

¹⁰⁴ Além de estar previsto na Declaração Universal dos Direitos dos Homens tal princípio também se faz presente no anteprojeto do Código de Processo Civil modelo para a América Latina em seu artigo 22.1: *“Deve atuar (o juiz) com absoluta imparcialidade em relação às partes.”*

entanto, não parece ser este o entendimento da doutrina tradicional. LIEBMAN,¹⁰⁵ por exemplo, chega a afirmar que nem mesmo nos litígios que envolvam matéria de interesse público deverá o juiz intervir na instrução probatória, seja qual for a natureza da lide a sua imparcialidade deverá ser sempre preservada.

Na opinião deste segmento da doutrina a imparcialidade do juiz só é preservada na medida em que ele se afasta da persecução probatória. Para esta corrente, o juiz que determinasse a produção de certa prova sem o requerimento de uma das partes estaria favorecendo um dos litigantes em detrimento do outro. Segundo a corrente tradicional, essa situação estaria configurada na medida em que ao tomar a iniciativa probatória o juiz se vincularia psicologicamente ao resultado do material probatório adquirido por meio de sua iniciativa.¹⁰⁶

Como se verá adiante, tal posição não se sustenta em razão de argumentos da mais variada ordem.

Primeiramente deve-se estabelecer uma diferenciação entre imparcialidade e neutralidade.

A imparcialidade do juiz pode ser vista, no dizer de BARBOSA MOREIRA, *“como garantia, para os litigantes, de que a causa será processada e julgada por terceiro não envolvido no litígio, sem interesse próprio, pessoal, em que a vitória sorria a este ou àquele”*.¹⁰⁷ Juiz imparcial é o juiz que conduz o processo sem proporcionar para uma das partes condições privilegiadas em relação à outra, respeitando a tão propalada igualdade processual, já analisada em tópico anterior.

Isso não se confunde com a pretensão de que o juiz seja neutro, indiferente ao resultado proveniente do litígio a ele apresentado. Não se pode defender a neutralidade dos juízes, sob pena de se estar legitimando o exercício da magistratura de forma descomprometida com a efetivação da justiça e a pacificação

¹⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XV, p. 557, 1960. Nos processos que tenham por objeto matérias de interesse público caberá, na visão do autor italiano, também ao Ministério Público, e não apenas às partes a iniciativa probatória. Para o autor, o juiz deve continuar como espectador inerte frente a instrução probatória, cabendo a ele apenas proferir a decisão. Assim, Liebman defende a idéia da existência de três sistemas no direito processual: um que confere a iniciativa instrutória somente às partes, outro que confere esta iniciativa ao juiz e um terceiro (tratado acima) que dá ao Ministério Público a possibilidade de intervir na instrução probatória. (Idem, ibidem, p. 557-559).

¹⁰⁶ Por todos LIEBMAN, que chega a afirmar que nos casos em que o juiz procede de ofício na instrução probatória a sua imparcialidade estaria maculada. (Idem, ibidem, p. 560-561).

¹⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reflexões sobre a imparcialidade do juiz*. *Temas de direito processual (sétima série)*. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 19.

social.¹⁰⁸

Vittorio DENTI¹⁰⁹, já advertia para o fato de que a defesa de um juiz neutro, regra clássica do processo civil, era afirmada com vistas a: a) garantir a liberdade das partes na defesa dos seus próprios interesses privados, apenas excepcionando os casos em que se discutisse questão de interesse público; b) para garantir a imparcialidade do juiz que poderia ser posta em dúvida quando ele tomasse a iniciativa probatória, pois tenderia a pender-se na mesma direção em que a pesquisa foi feita. No entanto, o mesmo autor sustentava que tal regra era característica de um processo civil liberal, não mais devendo subsistir em um processo civil inserido num Estado Democrático de Direito. Segundo DENTI¹¹⁰, a tendência (como é possível se verificar hoje) era que a exceção virasse regra, ou seja, que cada vez menos se reservasse espaço ao interesse privado das partes em detrimento do interesse público, o que permitiria o aumento dos poderes instrutórios do juiz.¹¹¹

Ademais, a neutralidade é algo que está para além do ser humano, e como tal não se pode exigir do juiz que seja neutro. Não há como negar uma certa carga de subjetividade do magistrado, há nele valores pré-estabelecidos dos quais não consegue se livrar pelo simples fato de se tratar de um ser humano como qualquer outro. O que o juiz deve fazer ao julgar é estar consciente desta carga axiológica que o cerca, procurando evitar que ela influencie de modo decisivo na sua sentença.¹¹²

É sob este ângulo que se admite a possibilidade de se falar em um juiz imparcial mas não de um juiz neutro. No entanto, esta imparcialidade não pode ser vista como um dogma capaz de justificar a inatividade do juiz na instrução probatória, sob pena de se verificar certos paradoxos.

Uma das primeiras contradições verificadas na doutrina tradicional diz com o

¹⁰⁸ Já dizia CAPPELLETTI que “a imparcialidade do juiz deve dizer respeito ao objeto do processo, e não ao processo. Aqui, sendo ele parte da relação processual não pode ser imparcial.” (Apud, DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Op. cit., p. 108).

¹⁰⁹ DENTI, Vittorio. L’evoluzione del diritto delle prove nei processo civile contemporanei. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XX (II série), p. 47-48, 1965.

¹¹⁰ Idem, ibidem, p. 48.

¹¹¹ Com isso, pode-se perceber que já em 1965 DENTI atentava para o fato do necessário aumento do papel ativo do juiz no processo, para o autor tal atuação não traria riscos à imparcialidade do juiz, na medida em que, caberia ao Ministério Público zelar pela sua manutenção. (Idem, ibidem, p. 49).

¹¹² FAZZALARI, dissertando a respeito da imparcialidade do juiz, afirma que o nível de consciência do juiz é a principal forma de controle da imparcialidade do juiz, segundo o autor há uma linha muito

fato de que ela, de forma quase pacífica, admite a iniciativa probatória do juiz quando o direito em litígio é indisponível. A pergunta que se faz é: só quando a demanda versar sobre esse tipo de direito é que o magistrado poderá descer do seu pedestal de “espectador inerte” para se juntar às partes na verificação probatória?

Outro contra-senso pode ser verificado quando se compara o processo civil com o processo penal. Neste não há qualquer questionamento quanto a possibilidade do juiz produzir provas *ex officio*. Então quer dizer, seguindo o argumento da doutrina tradicional, que no processo penal se admite a figura do juiz parcial?

A resposta para ambas as perguntas se dá no sentido negativo. Também quando a controvérsia versar sobre direitos disponíveis, seja na esfera penal seja na esfera civil, poderá o juiz, verificando a necessidade do caso concreto, produzir provas *ex officio*, sem que isso afete a sua imparcialidade. Como bem acentuou COMOGLIO, a tendência a se propugnar por um papel ativo do juiz no processo não deixa espaço para a figura de um juiz que se diz neutro ou isento de qualquer tipo de ideologia.¹¹³ Dentro desta mesma linha de pensamento deve-se ter em conta a lição de BARBOSA MOREIRA:

“Ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo ‘X’ ou o indivíduo ‘Y’, considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada pelo juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade”.¹¹⁴

Outrossim, observa-se que ao determinar a produção de certa prova o juiz não sabe de antemão qual será o seu resultado, pois, caso contrário, a sua realização seria dispensável. A prova poderá, ou até mesmo deverá, beneficiar uma das partes para que se justifique a sua produção. Tal atuação do juiz não significará favorecimento a um ou a outro litigante, significará sim a possibilidade de uma

tênue entre o juiz que se deixa levar pelas suas ideologias e aquele que procura, embora consciente de as carga subjetiva, se prender ao ordenamento jurídico na solução dos litígios. (Ob. cit., p. 194).

¹¹³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XXXII (II série), p. 21, 1977.

¹¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de processo*, São Paulo, n. 35, p. 180, abr./jun., 1984.

melhor aplicação do direito ao caso concreto. No entanto, se, sabendo da necessidade de realização de dada prova para o esclarecimento da controvérsia, o juiz se omite na sua determinação aí sim estará sendo parcial, e o que é pior, estará beneficiando a parte que não tem razão. Dentro desta perspectiva seria melhor que o juiz fosse parcial atuando ao invés de omitir-se.¹¹⁵

Como foi dito no capítulo 2 deste trabalho o juiz com tal iniciativa não atingirá a verdade dos fatos mas poderá, pelo menos, chegar um pouco mais próximo dela, o que lhe permitirá proferir uma decisão mais justa.

Assim, pode-se concluir que juiz parcial é aquele que sabendo que determinada prova pode ser produzida não o faz, prejudicando a realização da justiça. A prova certamente beneficiará uma das partes, muito provavelmente aquela que tenha razão e isto, do ponto de vista da efetivação dos escopos da jurisdição, é algo que deve ser incentivado.

De fato, pode-se dizer que defesa da imparcialidade tem servido como um espécie de máscara de que se vestem os juízes para justificar a sua passividade no desenrolar do processo. Com o falso medo de por em risco a sua imparcialidade os magistrados deixam de fazer uso dos poderes instrutórios que a lei lhes confere.

Dizer que o juiz deve se abster ou se afastar o máximo possível na instrução probatória em respeito ao princípio da imparcialidade é, como já demonstrado, partir de uma premissa falsa. Além disso a lei confere ao magistrado meios que possibilitam a preservação da sua imparcialidade.

A melhor forma de se garantir a imparcialidade do juiz é a submissão da sua atividade ao princípio do contraditório e a imposição do dever de motivar as suas

¹¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz. *O processo civil contemporâneo* (coord. Luiz Guilherme Marinoni), Curitiba : Juruá, 1994, p. 95. Neste mesmo trabalho o autor menciona um caso prática vivido por ele no período em que atuou como Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Diz o autor: “*certa vez, como relator de uma apelação, tive de julgar em segundo grau uma ação de nunciação de obra nova, na qual o autor alegava que o vizinho fizera uma ampliação da varanda e com isso devassara indevidamente a privacidade do morador da outra residência, porque da varanda ampliada se podia ver o interior daquela casa. Confesso-lhes que, por mais que eu folheasse os autos, por mais que eu contemplasse gráficos, fotografias, croquis, não conseguia formar uma idéia clara a respeito do problema; parecia-me impossível ficar sabendo, só com estudo dos autos, se realmente ocorria ou não o fenômeno denunciado pelo autor. Pois bem, a solução do problema tornou-se simplicíssima, com uma simples ida ao local, com uma inspeção da famosa varanda. Então, determinei – com todas as formalidades necessárias, com absoluto respeito pela garantia do contraditório, com a intimação de todos os interessados – dia e hora para comparecer ao local; e de lá bastou-me chegar até a varanda para formar uma convicção absolutamente segura, sem qualquer dificuldade, a respeito do litígio*”. (Idem, ibidem, p. 95-96).

decisões.¹¹⁶

Ao fundamentar as suas decisões e submetê-las ao crivo do contraditório o magistrado estará mantendo-se imparcial. Ao exercer os poderes que lhe são concedidos pela lei o juiz não estará favorecendo uma das partes, estará sim atuando de forma a concretizar os fins sociais do processo. Consciente desta situação MARINONI afirma que *“Não deve haver diferença para o juiz, entre querer que o processo conduza a resultado justo e querer que vença a parte, seja autora ou ré, que tenha razão. De qualquer forma, essa é mais uma das questões em que se confia no benefício do risco”*.¹¹⁷

Afrânio da Silva JARDIM¹¹⁸ aponta ainda uma outra forma de se garantir a imparcialidade do juiz. Para este autor, independente da disponibilidade ou indisponibilidade do direito o Ministério Público deveria intervir sempre no processo. Isso permitiria que a imparcialidade do juiz ficasse ileso a qualquer tipo de contaminação. Segundo o respeitável processualista, adotando-se este posicionamento, o que implicaria em uma reforma do artigo 82 do CPC, tanto a busca da “verdade” dos fatos quanto a imparcialidade do juiz estariam asseguradas.

Não obstante a autoridade da opinião acima explanada acredita-se que a atuação do juiz na instrução probatória não pode ser descartada, de modo que a submissão das suas decisões, sempre motivadas, ao contraditório das partes continua sendo a melhor forma de controle dos poderes instrutórios do juiz.

Em um processo civil voltado para a efetivação da ordem jurídica justa não

¹¹⁶ É neste sentido que se posicionam os seguintes autores: ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba*, n. 7, p. 169, 1985; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 80-81; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba. *Temas de direito processual civil (terceira série)*. São Paulo : Saraiva, 1984, p. 81 e, por todos, Luiz Guilherme MARINONI “O princípio da imparcialidade do juiz não é empecilho para a participação ativa do julgador na instrução; ao contrário, supõe-se, na fase atual, que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, queda-se inerte. Nem mesmo o contraditório é arranhado pela nova postura assumida pelo juiz. O princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela participação ativa do julgador, já que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal. Na ideologia do Estado social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa eliminar. Na realidade, o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje”. (Novas linhas do processo civil. 2 ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 67).

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 68.

¹¹⁸ JARDIM, Afrânio da Silva. Op. cit, p. 170-175.

tem mais lugar aquela antiga visão de que cabia ao juiz apenas decidir a lide que lhe havia sido apresentada pelas partes e nada mais, tudo isso em nome de uma neutralidade que hoje se sabe inexistente. A propósito, ponderou Fabio ROTA:

“Quest’esigenza è stata a lungo demandata all’attuazione di un generalizzato principio dispositivo, che pretendeva un giudice passivo sia sul versante dell’attività istruttoria, sia su quello che attiene al momento in cui la tutela richiesta viene finalmente apprestata. Si finiva così per identificare nel potere di decidere l’esito della causa (ovvero nell’accertamento ‘neutrale’ della ragione e del torto in capo alle parti litiganti) l’unico vero potere giudiziale, in una illusoria quanto astratta visione (implicante una concezione formalistica del principio di legalità), secondo la quale è possibile una delimitazione della funzione del giudice alla sola *dichiarazione* della norma oggettiva da applicare al caso. Così concepito il principio dispositivo si poneva oltretutto in palese contrasto con ogni esigenza di efficienza e celerità del processo; contro cioè quella che deve essere pensata come vera e propria ‘tecnica’ del processo anche indipendentemente dai poteri delle parti”.¹¹⁹

Se já não bastasse toda essa argumentação em torno da ineficácia do argumento que procura identificar o juiz ativo ao juiz parcial, há que se atentar para o fato de que a pouca iniciativa probatória dos magistrados tem sido apontada como uma das causas do mau funcionamento da justiça.¹²⁰

Juiz imparcial é aquele que, movido pela sua consciência de promover justiça, procura conhecer dos fatos da melhor forma para que possa aplicar o direito ao caso concreto. O que não se confunde com aquele juiz que atua no processo de forma a beneficiar uma das partes tendo em vista interesses próprios, este sim é um juiz parcial. A preservação da imparcialidade do juiz é diretamente proporcional ao bom funcionamento do contraditório entre as partes.

Por fim, fazendo uso as palavras de Alvaro Perez RAGONE, pode-se concluir que,

“El magistrado no es imparcial, si por imparcial se entiende la quietud y el simple deber de observar y proveer a los requerimientos de los litigantes, fruto del principio

¹¹⁹ ROTA, Fabio. Per un equilibrio dei poteri del giudice. *Studi in onore di Vittorio Denti*. v. I. Padova : CEDAM, 1994, p. 555-556. Compartilhando da mesma opinião de Rota, COMOGLIO atenta para o fato da superação da idéia de um juiz neutro: “nel trattare della correlazione fra indipendenza e responsabilità del giudice, sottolinea apertamente la natura ‘politica’ e ‘discrezionale delle scelte decisionali del magistrato, affermando che essa fu nel passato offuscata dal mito dell’oggettività e neutralità logica della funzione giurisdizionale, mito che ha lasciato accantonare il problema della responsabilità del giudice’. Questi rilievi aprono la via ad una completa revisione delle vecchie posizioni ideologiche, ormai superate dai tempi”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. Op. cit., p. 22-23, nota 29).

¹²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 82.

dispositivo. El magistrado debe velar por la igualdad de actuación de las partes en el proceso, mas no sólo de una igualdad aparente y ritual sino sustancial (...) no sería a caso mas imparcial, si tuviera una intervención-actuación en pro de que efectivamente las partes actúen em igualdad de condiciones?"¹²¹

¹²¹ PEREZ RAGONE. *Apud* DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda no direito processual brasileiro*. Curitiba, 1998. Dissertação (Mestrado em direito) - Setor de Ciência Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

4 – OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1) Considerações iniciais

Fazendo-se uma “viagem no tempo” é possível verificar que o papel do juiz no processo evoluiu na mesma medida do direito processual civil. Em Roma, no período em que vigorava o ordenamento jurídico privado, em que o processo era visto como uma espécie de contrato, o juiz não passava de um mero árbitro, era a vontade das partes que limitava a sua atuação em todas as esferas do processo.¹²² Também nos primórdios do direito brasileiro, influenciado pelas ordenações do Reino de Portugal, o processo era tido como coisa das partes, desempenhando o juiz apenas um papel secundário, o que lhe impedia de exercer um papel ativo na instrução do feito.¹²³

No entanto, com a passagem do Estado liberal, em que predominava o *laissez faire, laissez passer*, para o Estado de bem estar social, o Estado passa a intervir de forma mais significativa em todas as esferas da sociedade, o que irá se refletir também no direito, em especial no processo civil. A filosofia liberal cede lugar para a uma “*vocação solidarista do Estado moderno*”¹²⁴.

Dentro deste contexto o processo, já separado do direito material, passa a ser visto não mais como um instrumento da atuação da vontade das partes mas sim como um meio para a realização da justiça. A solução dos conflitos não interessa mais apenas aos litigantes, ela se torna problema do Estado, que atuará tendo em vista a manutenção da ordem jurídica e da paz social. Seguindo esta linha de pensamento Adolfo Alvarado VELLOSO ensina que: “*la tendencia publicista*

¹²² RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. *Jurisprudência brasileira*, Curitiba, n. 169, p. 41, 1993.

¹²³ Idem, ibidem, p. 41. Apesar desta abordagem histórica bastante simplificada não se pode, com isso, cometer o equívoco de pensar que a história se desenvolve linearmente, o que também não ocorre com o processo civil. Muito embora o presente estudo tenha optado por uma abordagem contemporânea dos poderes instrutórios do juiz, não se ignora o fato de que em determinados períodos históricos eles ocorreram de forma bastante evidenciada, com uma amplitude até mesmo maior do que a existente hoje. Basta lembrar do período medieval, em que predominava o sistema inquisitório na sua forma mais pura, quando cabia ao magistrado iniciar a demanda, colher as provas que entendesse necessárias e também julgar, formando o que CORDERO costuma chamar de “quadro mental paranóico”. No entanto, este sistema teve a sua origem no direito canônico que por sua vez teve as suas raízes ligadas a fusão do direito germânico com o direito romano. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 18-31).

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4 ed. São Paulo : Malheiros, p. 133. v. I.

*considera la litis como un fenómeno social, cuya justa solución interesa a la coletividad para el restablecimiento del orden jurídico alterado; desde esta óptica, el proceso es, entonces, un instrumento para la actuación del derecho objetivo y, en orden a ello, deben ampliarse las facultades para la investigación de la verdad real frente a la verdad formal.*¹²⁵

O surgimento da democracia social é projetado para o processo, tal fenômeno é verificado a partir da intensificação da atividade do juiz. Este passa a participar mais ativamente do processo, não mais como mero espectador, preocupado apenas em verificar o correto cumprimento das regras do jogo. A partir deste momento caberá ao magistrado intervir no curso da demanda, procurando zelar por um processo justo que permita a devida aplicação das normas de direito material, a partir da correta verificação dos fatos e da preservação do contraditório entre as partes.¹²⁶ A atuação do juiz nestes moldes não interessará apenas às partes mas à toda coletividade.

Tal situação se verifica em razão do processo não mais ser visto como um jogo¹²⁷ em que vale aquele que for mais hábil, mais esperto, sabendo fazer uso das fraquezas do adversário, não, isso não mais interessa ao processo civil moderno. Este, ao propugnar por uma igualdade entre as partes, procura, através das decisões proferidas pelos magistrados, promover justiça e não acentuar desigualdades.

Com isso, a produção das provas deixou de ser monopólio das partes, passando a ser um poder-dever do juiz quando verificar que determinado fato não tenha sido suficientemente provado.

Baseando-se nessa visão social do processo, a reforma do Código de Processo Civil austríaco de 1826 concretizou pela primeira vez, desde o fim da Revolução Francesa, algo que já começava a ser visto na prática, assim, consagrou o impulso oficial, o dever de veracidade das partes, a participação ativa do juiz na

¹²⁵ VELLOSO, Adolfo Alvarado. Deberes y facultades de los jueces en el Código procesal civil modelo para Iberoamérica. *Un 'Codice Tipo' di procedura civile per l'America Latina*, Padova, v. 4, p. 113, 1990.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 66.

¹²⁷ A respeito do processo como jogo conferir: CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. V (parte I), p. 23-51, 1950.

apuração dos fatos¹²⁸, ou seja, conferiu ao juiz poderes que até pouco tempo lhe eram estranhos.

Dentro desta visão publicística do processo COMOGLIO¹²⁹ chega a falar de um Estado de justiça como projeção de um Estado de Direito, necessitando para isso de um juiz ativo, capaz de promover a efetivação dos preceitos constitucionais que consagram o Estado Democrático e social.

Seguindo a lição de Fabio ROTA¹³⁰, pode-se dizer que o processo civil apresenta-se como um lugar de encontro dialético de diversos poderes, precisamente dos poderes do juiz e das partes, sendo natural que, adotando-se uma concepção social do processo, a atenção esteja voltada principalmente para os poderes do magistrado, dentre eles o de iniciativa probatória.

Assim, pode-se perceber quão importante é a figura do juiz ativo no processo civil moderno. Para que a intervenção do Estado na solução dos litígios se justifique faz-se necessário que a decisão por ele oferecida esteja em perfeita consonância com os princípios que regem a ordem social, além de se aproximar da melhor forma possível dos ideais de justiça. É neste sentido a lição de Dalmo de Abreu DALLARI:

“O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de forma extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais.”¹³¹

Percebe-se, assim, que para que o Estado-juiz legitime a sua atuação na sociedade faz-se necessário o encadeamento de uma série de fatores. Para que

¹²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 31p. 203, jul./set., 1983.

¹²⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Op. cit., p. 17. Cabe ainda, lembrar as palavras de DENTI, que, de forma brilhante, demonstra que a concessão de maiores ou menores poderes ao juiz decorre de uma escolha política que reflete o modo de ser de uma sociedade em dado contexto histórico: “*Il problema dei poteri del giudice corrisponde, quindi, al problema delle scelte legislative intorno al modo di essere del processo in una determinata società e in una determinata fase storica: scelte ‘politiche’, dunque, almeno nelle loro direttrici di fondo, poichè il processo non è una ‘macchina’ per amministrare la giustizia, ma, come il diritto stesso, è una tecnica dei rapporti sociale*”. (DENTI, Vittorio. *Poteri del giudice. Novissimo digesto italiano*, Turim, v. XIII, p. 492).

¹³⁰ ROTA, Fabio. Op. cit., p. 523.

¹³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 87.

profira uma decisão justa é preciso que primeiro conheça bem dos fatos sobre os quais vai decidir, mas para isso deve, não raro, intervir na instrução probatória, o que pressupõe a figura de um juiz ativo.

É dentro deste contexto que será estruturado o presente capítulo, procurando fazer uma análise de como o direito processual civil brasileiro vem encarando a necessidade de se ter um juiz ator e não meramente espectador.

4.2) Os poderes instrutórios do juiz e a relação jurídica de direito material

Sem dispensar a devida atenção para o tema, não são poucas as vezes em que a doutrina justifica a maior ou menor atuação do juiz no processo baseando-se na natureza da relação jurídica de direito material que deu origem ao litígio. No entanto, diante da visão publicística do processo, tal entendimento não pode mais ser admitido.

Há mais de um século, deste a polêmica travada entre Windscheid e Muther¹³², vem se afirmando a autonomia do direito processual civil em relação ao direito material, quanto a isso já não há a menor dúvida.

No entanto, em determinadas situações, parece que as distinções existentes entre aqueles ramos do direito são deixadas de lado. Assim, não é incomum encontrar quem sustente que os poderes do juiz na instrução probatória têm a sua extensão alargada ou diminuída conforme a natureza do direito discutido no processo. Comparando-se o processo com um grande espetáculo tal parcela da doutrina afirmaria que em sendo o objeto do litígio um direito disponível o juiz se comportaria como simples espectador, em sendo um direito indisponível o juiz poderia ser visto como diretor ou mesmo ator desta “peça teatral”. Seguindo esta linha de pensamento seria possível afirmar que na primeira hipótese o juiz se contentaria com a verdade formal e na segunda buscaria a verdade material.

Então, tratando a lide de direitos disponíveis caberia apenas às partes carrear as provas que entendessem necessárias para a solução do litígio, ao juiz caberia apenas valorá-las para em seguida proferir a decisão e nada mais.

¹³² Para um estudo mais aprofundado a respeito não só desta polêmica mas também das demais teorias da ação conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4

Não obstante a autoridade daqueles que pensam desta maneira¹³³ esta não parece ser a orientação mais condizente com os escopos do processo civil moderno. A tendência hoje é no sentido de se afirmar que o problema da iniciativa na instrução probatória está desprendido da natureza da relação jurídica de direito material. Seja ela de direito disponível ou indisponível sempre haverá um interesse público na solução da demanda que se coloca acima dos interesses das partes.

Não há que se negar que a iniciativa na propositura da ação continue cabendo à parte autora (princípio da demanda), entretanto, iniciado o processo, o interesse na correta aplicação da lei ao caso concreto deixa de pertencer apenas às partes, passando a importar muito mais ao juiz.

Embora haja certa ligação entre a relação jurídica de direito material e a de direito processual não há que se confundir uma com a outra, cada qual tem uma estrutura própria, com princípios peculiares que as informam. A respeito dessas duas relações BEDAQUE sustenta que:

“Embora instrumentais, não se pode mais negar a autonomia dos institutos processuais. E a instrumentalidade que se pretende existente não se refere ao eventual direito subjetivo da parte, mas ao ordenamento jurídico vigente, cuja integridade interessa ao Estado.

Não importa, pois, a natureza da relação jurídica controvertida. O processo, como instrumento da atividade jurisdicional do Estado, é um só, sendo irrelevante se a matéria discutida é civil, penal, disponível ou indisponível.”¹³⁴

É preciso deixar bem claro que uma coisa é a satisfação dos interesses das partes buscado no processo, para estas pouco importa a pacificação social e a efetivação dos demais escopos da jurisdição, o que querem é ver as suas pretensões atendidas. Outra coisa é o interesse do Estado que, por meio da jurisdição, procura a concretização de uma solução justa.

Desta forma, cabe às partes apenas influenciar na relação jurídica de direito material mas não na de direito processual. Em se tratando de direitos disponíveis podem elas renunciar, transacionar ou até mesmo desistir do direito, cabendo ao juiz apenas verificar se tais atos foram praticados de acordo com a lei, não lhe cabendo intervir no conteúdo da relação substancial. Tal entendimento não pode ser

ed. São Paulo : Malheiros, p. 71-92. v. I e TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1977, p. 241-303. v. I.

¹³³ CINTRA e outros. *Teoria geral do processo*. 14 ed. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 64-66.

transportado para o processo, neste estão envolvidos interesses supra-partes.

À relação jurídica processual pouco importa se estão envolvidos direitos disponíveis ou indisponíveis, haverá sempre um interesse público a ser preservado. É isso que justifica o papel ativo do juiz na instrução probatória, seja qual for a natureza da relação jurídica de direito material objeto do litígio.¹³⁵

Aqueles contrários à posição do juiz como diretor formal e material do processo poderiam argumentar que tal atuação do magistrado seria incompatível com a natureza privada dos direitos em litígio, no entanto, isso não ocorre justamente em razão das duas relações se encontrarem em planos diversos.

As partes continuam podendo dispor do conteúdo da relação jurídica de direito material quando disponível, o que delas se retirou foi a exclusividade no que tange à colheita do material probatório. Isso se deu a partir da já mencionada visão publicística do processo, a partir da qual se coloca em evidência o papel preponderante do Estado na solução dos conflitos. Daí a necessidade de se conferir poderes instrutórios mais amplos ao juiz.

Com isso não se quer negar o importante papel das partes na instrução probatória, mesmo porque são elas quem melhor conhecem o objeto da demanda. Outrossim, pelo menos em tese, são os litigantes os maiores interessados em provar o direito por eles alegados. O que se quer é que esta função não fique restrita às partes sendo ela também “dividida” com o juiz.

Como se verá a seguir, o Código de Processo Civil, ao tratar dos poderes instrutórios do juiz, não fez nenhuma diferença entre as demandas que tenham por objeto direitos disponíveis ou indisponíveis.

Assim, seja qual for a natureza da relação jurídica de direito material levada a juízo o que deverá prevalecer é o interesse público na atuação do ordenamento jurídico, que é invariável.¹³⁶

¹³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 93-94.

¹³⁵ Em sentido contrário ARAGÃO, Egas Moniz de. Op. cit., p. 169, para quem a iniciativa do juiz em matéria probatória comprometeria a sua imparcialidade. Para o autor independente da natureza do direito, disponível ou indisponível, caberá sempre às partes carrear provas no sentido de informar o convencimento do magistrado.

¹³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. p. 98-99. Da mesma forma conclui MARINONI ao dizer que: “Entender que nos casos de direitos disponíveis o juiz pode se limitar a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que concluir que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o processo que trata de direitos disponíveis não é o mesmo processo que é instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado”. (Op. cit., p. 68).

4.3) A extensão dos poderes instrutórios do juiz frente ao CPC

Seguindo a tendência mundial de ampliação poderes do juiz ¹³⁷ o CPC, em seu artigo 130, concedeu aos magistrados a possibilidade de tomar iniciativa em matéria probatória na medida em que prevê que: *“caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”*.

Diferentemente do sistema anglo-saxão ¹³⁸, em que o juiz praticamente se abstém da instrução probatória em razão desta ficar quase que exclusivamente a cargos das partes, o direito brasileiro optou por eliminar a maioria das amarras que impediam o juiz de ter um papel mais ativo no processo.

Condizente com o caráter publicístico do processo civil a redação do artigo 130 do CPC procurou realçar a figura do juiz interveniente no processo, e quanto a isso não há a menor dúvida. O que ainda suscita certa divergência na doutrina diz com a extensão da interpretação a ser dada a este artigo, assunto que será

¹³⁷ BARBOSA MOREIRA, um dos autores que mais se dedicou ao estudo do tema, traz à lume alguns exemplos de legislações processuais que acentuaram a possibilidade da iniciativa probatória de ofício, são elas: art. 36, 2º, do Código Nacional argentino de 1967, reproduzido pela reforma da Lei 22.434 de 1981 dispondo que: *ainda sem requerimento da parte, os juízes e tribunais poderão ordenar as diligências necessárias para esclarecer a verdade dos fatos controvertidos, respeitando o direito de defesa das partes*. Segundo o art. 179 do Código de Processo Civil colombiano, de 1970, *as provas podem ser concedidas a pedido das partes, ou de ofício quando o magistrado as considerem úteis para a verificação dos fatos relacionados com as alegações das partes*; e o art. 37, n. 4, inclui entre os deveres do juiz *exercer os poderes que este Código lhe concede em matéria de provas, sempre que o considere conveniente para verificar os fatos alegados pelas partes*. Na França, reza o art. 10 do *Code de procédure civile*, de 1975, *o juiz pode ordenar de ofício todas as medidas de instrução legalmente admitidas*. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba. *Temas de derecho procesual - 3ª série*. São Paulo : Saraiva, 1984, p. 79)

¹³⁸ Mais uma vez o grande processualista carioca, de forma sucinta, traz uma idéia do funcionamento dos poderes instrutórios do juiz no direito anglo-saxão, diz o autor: *“Nele, a regra básica é precisamente a de abstenção do juiz: em princípio, a introdução de provas no processo constitui encargo exclusivo das partes, por meio dos respectivos advogados. São estes, no chamado ‘adversary system’, tradicionalmente característico dos países daquela família, que se incumbem da atividade instrutória: em matéria, por exemplo, de prova testemunhal, não é apenas a convocação das testemunhas que lhes compete, mas até a respectiva inquirição, por via direta, sem intermediação do órgão judicial, que no comum dos casos se restringe a assistir ao duelo advocatício e a decidir sobre as objeções porventura formuladas pelos representantes das partes acerca da regularidade de tal ou qual pergunta”*. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de direito procesual - sétima série*. Saraiva : São Paulo, 2001, p. 25). Uma abordagem comparativa mais minuciosa entre os sistemas de *civil law* e *common law* fugiria aos limites deste trabalho, de modo que o que se procurou com esta nota foi apenas trazer uma breve notícia a respeito dos poderes instrutórios do juiz no sistema anglo-saxão.

analisado a seguir.

4.3.1) Os poderes instrutórios do juiz em caráter subsidiário

No auge do liberalismo, época em que o Estado pouco intervinha nas relações privadas, o juiz era tido como a boca da lei. A ele era dado apenas pronunciar o que estava escrito no ordenamento, sem espaço para maiores interpretações, cabendo às partes levar a juízo as provas que entendessem necessárias para a solução da lide.

Com o advento do Estado social o interesse público passou a prevalecer sobre o interesse privado, esta visão se refletiu no processo na medida em que foram conferidos poderes mais amplos aos magistrados. A doutrina é pacífica em admitir que a atuação do juiz no processo hoje é muito mais significativa do que no período do *laissez faire*. Como exemplo disso tem-se que, uma vez instaurado o processo, o mesmo se movimenta por impulso oficial (art. 262, CPC). Independente da atuação das partes não há dúvida de que a direção do processo cabe ao juiz.

No entanto, as coisas não se passam de forma tão simples. Embora os processualistas, de uma forma geral, admitam o papel ativo do juiz no processo dúvida surge quanto à sua extensão.

Há uma parcela significativa da doutrina que acredita que o juiz só exerce seus poderes instrutórios em caráter subsidiário à atividades probatória das partes. Para os que assim pensam o artigo 130 deve ser interpretado restritivamente.

Segundo ARRUDA ALVIM é dado ao juiz a possibilidade de produzir provas no processo, mas deverá sempre fazê-lo subsidiariamente, ou seja, o magistrado somente poderá intervir no curso da instrução diante da inexistência de uma determinada prova ou da insuficiência do material probatório, mas para isso é necessário que as partes já tenham desenvolvido uma prévia atividade probatória.¹³⁹

Compartilhando desta mesma opinião João Batista LOPES, sustenta que “*é assente entre os nossos doutrinadores o entendimento de que o juiz, na atividade probatória, exerce uma função meramente supletiva ou complementar, não devendo,*

¹³⁹ ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 455, v. 2.

*salvo casos expressamente previstos em lei, tomar iniciativa nesse campo.*¹⁴⁰ Para este autor o artigo 130 do CPC só deverá ser usado quando o juiz estiver em dúvida a respeito do conjunto probatório, pois quando houver omissão das partes deverá julgar a lide com base na regra de distribuição do ônus da prova.¹⁴¹

No entender de LOPES¹⁴², o artigo 130 deve ser interpretado de maneira tal que não alcance as provas documental e testemunhal. Para ele o fato do juiz poder requisitar a exibição de dado documento de ofício não decorre do artigo mencionado *supra* mas sim de dispositivos específicos do CPC, o mesmo podendo-se dizer da possibilidade do juiz determinar a oitiva de testemunhas referidas ou proceder à sua acareação. Assim, o autor conclui que *“que o art. 130 pouca importância tem em relação à prova documental, à testemunhal e ao depoimento pessoal, mas exerce papel importante no que respeita à prova pericial”*.¹⁴³ Desta forma pode-se perceber que o processualista mencionado dá uma interpretação ainda mais restritiva ao artigo 130.

Outros processualistas de renome, dentre os quais PONTES DE MIRANDA, também defenderam a tese dos poderes instrutórios do juiz em caráter subsidiário ao das partes. Eis o escólio do mestre:

“Dar ao juiz o direito de ordenar produção de testemunhas que as partes não ofereceram, ou mandar que se exibam documentos, que se acham em poder da parte, e não foram mencionados pela parte adversa, ou pela própria parte possuidora, como probatórios de algum fato do processo, ou deliberar que alguma

¹⁴⁰ LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de processo*, São Paulo, n. 35, p. 36, jul./set., 1984. Na doutrina alienígena, compartilhando da mesma opinião de Arruda Alvim e João Batista Lopes, Adolfo Alvarado VELLOSO sustenta que na ausência total ou parcial de provas o juiz deverá julgar com base na regra de distribuição do ônus da prova. Para o autor o juiz só poderá determinar a produção de uma prova *ex officio* no caso de estarem presentes 7 requisitos: 1) *existência de fatos controvertidos*; 2) *adequado oferecimento e produção de provas pelas partes*; 3) *finalidade exclusivamente probatória das medidas decretadas*; 4) *iniciativa do próprio juiz na determinação das medidas*; 5) *legalidade das medidas decretadas*; 6) *manutenção da igualdade das partes*; 7) *preservação do direito de defesa das partes*. (Op. cit., p. 131-132).

¹⁴¹ LOPES, João Batista. Op. cit, p. 37. Cabe ressaltar que quando se tratar de direitos indisponíveis o autor adota posicionamento diverso. Segundo o processualista paulista, nessas situações, ainda que haja omissão das partes no que tange a realização de provas, o juiz poderá, fazendo uso do art. 130, determinar a produção de provas *ex officio*. No entanto, como dito anteriormente, não se pode encarar o processo de forma diversa conforme o objeto do litígio seja direito disponível ou indisponível. Ao processo pouco importa que a relação levada a juízo seja de índole pública ou privada, o que lhe interessa é apenas aplicar o direito de forma a realizar a justiça do melhor modo possível.

¹⁴² LOPES, João Batista. Iniciativa probatória do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC. *Revista de processo*, São Paulo, n. 716, p. 43-44, jun., 1995.

¹⁴³ Idem, *ibidem*, p. 44.

das partes preste depoimento pessoal, é quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização liberal.”¹⁴⁴

Não obstante a autoridade das opiniões acima mencionadas, adiante será possível perceber que este posicionamento não é compatível com a idéia de um processo civil democrático e social. Restringir o exercício probatório do juiz a determinadas fontes de provas ou à atividade probatória já realizada pelas partes é ser condizente com a prolação de uma sentença que não retrata fielmente como as coisas se passaram no mundo fático.

4.3.2) Os poderes instrutórios do juiz em caráter amplo

A clássica posição da doutrina no sentido de que em matéria probatória deve o juiz atuar supletivamente em relação às provas já produzidas pelas partes vem sendo questionada por autores como Barbosa Moreira, Cappelletti, Bedaque, Luiz Guilherme Marinoni, dentre outros. Para esta parte da doutrina deve o juiz exercer poderes instrutórios em caráter amplo, ou seja, deve assumir a direção material do processo, e não meramente formal. Não cabe mais aquela noção de que se as partes tem exclusividade para iniciar o processo também a tem em matéria probatória.

O juiz toma ciência dos fatos pretéritos por meio das provas. Estas, na grande maioria das vezes, são produzidas pelas partes pois o juiz, via de regra, não tem conhecimento direto dos fatos. São as partes quem melhor sabem como as coisas sucederam na realidade. É nessa medida que se diz que o juiz depende da iniciativa dos litigantes para poder ter acesso aos dados necessários à formação dos seu convencimento. Com razão BARBOSA MOREIRA afirma que *a circunstância de que os litigantes, em princípio, tem um interesse pessoal e direto no resultado do pleito, e por isso se sentem psicologicamente estimulados a fazer todo o possível para convencer o juiz da verdade de suas alegações, não surpreende que se deva esperar deles uma atuação preponderante na colheita do material probatório. Neste sentido – unicamente neste sentido – é correta a afirmação, freqüente na doutrina,*

¹⁴⁴ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 398. t. II. Compartilhando desta mesma opinião: KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de processo*, São Paulo, n. 17, p. 50-55, jan./ mar., 1980.

*de que a iniciativa instrutória do juiz é secundária e suplementar. Tal propósito reflete antes um juízo de fato a um juízo de valor. Nela se contém uma autêntica máxima de experiência, segundo a qual as provas se produzem, em primeiro lugar, por obra das partes.*¹⁴⁵

Assim, a interpretação a ser dada ao artigo 130 deve ser no sentido mais amplo possível, qual seja, aquela que permita ao magistrado requerer qualquer tipo de prova a qualquer momento do processo, independente do grau em que as partes tenham nele atuado em matéria probatória.¹⁴⁶ A tendência mundial, como destacou URRACA, vem no sentido de permitir ao magistrado conhecer o mais rápido possível do conflito que irá julgar, mas tal conhecimento, para que seja efetivo, depende da sua atuação em matéria probatória.¹⁴⁷

Qualquer interpretação no sentido de restringir o papel ativo do juiz na instrução da causa, seja com relação aos meios de prova, seja com relação ao momento da sua efetivação, virá contra o adequado cumprimento da função jurisdicional, o que irá de encontro à função social processo civil.¹⁴⁸

Como bem lembrou DINAMARCO, *“o processo civil moderno repudia a idéia do juiz Pilatos que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça*

¹⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em materia de prueba. *Temas de direito processual* (3ª série). São Paulo : Saraiva, 1984. p. 83.

¹⁴⁶ Tal é o grau de amplitude que se deve dar ao interpretar o artigo 130 do CPC que vem se admitindo até mesmo que o juiz, de ofício, determine a produção de uma prova emprestada. Neste sentido RIGHI, Ivan Ordine. Op. cit, p. 46-47 e Eduardo TALAMINI, para quem *“o juiz poderá determinar de ofício o empréstimo de prova – observados os requisitos acima expostos. Aplica-se a regra do artigo 130 do CPC. Nem se diga que por conhecer de antemão o resultado probatório, sabendo a qual parte o empréstimo favorecerá, o Juiz estaria violando seu dever de imparcialidade. Basta inverter a questão para demonstrar o erro desse argumento: deixando de determinar o empréstimo, o Juiz estará sendo parcial em favor daquele que seria prejudicado pela prova.”* (Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de processo*, São Paulo, n. 91, p. 107, jul./set., 1998.

¹⁴⁷ URRACA, José Rodriguez. La facultades probatorias del juez en el Código procesal civil modelo para Iberoamérica. *Un 'Codice Tipo' di procedura civile per l'America Latina*, Padova, v. 4, p. 136, 1990.

¹⁴⁸ Sobre o papel que a interpretação de uma norma tem na construção de um ordenamento jurídico mais justo, DE PAGE, declara que: *“Sem dúvida, o juiz, ao interpretar a lei, não pode tomar liberdades inadmissíveis com ela. Mas, de outro lado, não deverá quedar-se surdo às exigências da real e da vida. O Direito é essencialmente uma coisa viva. Está ele destinado a reger homens, i. é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim, manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam disciplinar, como ainda as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.”* (Apud, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O juiz em face do Código de Processo Civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 10, p. 228, abr./jun., 1978).

atribuindo as falhas aos litigantes.”¹⁴⁹

Desta forma, ao permitir que o juiz participe ativamente na instrução probatória, o Código de Processo Civil caminha na mesma direção das tendências modernas do direito contemporâneo.¹⁵⁰ Se, ao contrário, procurasse regulamentar de modo taxativo os poderes instrutórios do juiz estaria sendo incompatível com o processo civil de caráter social, pois, agindo deste modo correr-se-ia o risco de, em nome de um formalismo acentuado, denegar a devida tutela jurisdicional.¹⁵¹

A partir do acima exposto é possível concluir que a maior amplitude dos poderes instrutórios do juiz, ao contrário do propugnado por muitos, só vem fortalecer um sistema processual civil democrático pois, através deles, se faz possível atingir os escopos da jurisdição, oferecendo justiça àquele que tem razão.

4.5) Os poderes instrutórios do juiz e sua relação com a regra de distribuição do ônus da prova

Diante do exposto acima seria possível afirmar que a interpretação dada à regra do artigo 130 é incompatível com o artigo 333 do CPC?

Parte da doutrina brasileira costuma afirmar que o artigo 130 do CPC só tem algum sentido na medida em que for aplicado em consonância com a regra de distribuição do ônus da prova (art. 333, CPC)¹⁵², que dispõe:

¹⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 134.

¹⁵⁰ Isto fica evidenciado na medida em que o Código Modelo de processo civil para a América Latina contém dispositivo semelhante ao artigo 130 do CPC. Em seu artigo 33, 4, prevê que ao Tribunal está facultado: *“ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.”* E mais adiante, em seu artigo 34.2 prevê a responsabilidade do juiz no caso deste deixar de exercitar os poderes e facultades que lhe são conferidas: *“El Tribunal deberá emplear las facultades y poderes que le concede el Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes; la omisión en el cumplimiento de estos deberes, le hará incurrir en responsabilidad”*. Também o Código de processo civil colombiano dá ao juiz um papel ativo em matéria probatória, embora estabeleça certa restrição no que tange à prova testemunhal: *“las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con la alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.”*

¹⁵¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Op. cit., p. 19-20.

¹⁵² Partilhando desta opinião CHIOVENDA afirma que *“la teoria dell’onere della prova è strettamente connessa colla conservazione del ‘principio dispositivo’ nel processo, per ciò che riguarda l’accertamento dei fatti. In un sistema che ammettesse la ricerca d’ufficio della verità dei fatti, la repartizione dell’onere della prova non avrebbe significato.”* (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Nápole : Jovene, 1965, p. 796).

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

No entender destes processualistas quando houvesse a omissão de uma das partes no que tange à produção de dada prova não caberia ao juiz determiná-la ex officio, seu julgamento deveria ser proferido com base no artigo 333, imputando o prejuízo à parte que negligenciou na realização da prova que lhe era devida.

Assim, o artigo 130 só poderia ser aplicado nos casos em que não fosse possível operar com a teoria da distribuição do ônus da prova, ou seja, nas situações em que ambas as partes tivessem se desencumbido devidamente do ônus probante mas mesmo assim um importante fato na solução do litígio restou insatisfatoriamente esclarecido. Só nestes casos é que o juiz poderia tomar a iniciativa probatória. Para os autores que assim pensam a análise sobre uma possível aplicação do artigo 333 seria pressuposto para o uso do artigo 130. Ao juiz só seria permitido agir de ofício quando a incerteza sobre um certo fato decorresse de prova já produzida pelas partes.¹⁵³

Sem desmerecer a força de tais argumentos não parece ser este o melhor entendimento. Ao se defender o papel ativo do juiz na instrução probatória não se quer com isso substituir a atividade das partes. Até porque pensar que as partes se manteriam inertes contando com a iniciativa do juiz na instrução probatória é de certa forma uma ingenuidade.

Há que se considerar que se o autor ou o réu deixassem de juntar determinado documento no momento oportuno ou não requisitassem a produção da prova pericial simplesmente por contarem com posterior iniciativa do juiz estariam correndo um grande risco. Passada a oportunidade para a produzir provas no processo operar-se-ia com relação às partes a preclusão temporal, de modo que não mais poderiam realizar as provas que entendessem necessárias para a solução do

¹⁵³ Neste sentido ARRUDA ALVIM, para quem, “não é incorreta a afirmação de que o art. 130 só será aplicado quando não funcione a teoria do ônus da prova. O que ocorre é que, tendo a parte deixado de produzir, ou requerer determinada prova, o juiz, necessitando dela para sua convicção, não deverá, normalmente, determinar que ela se realize. Por outro lado, e diversamente, poderá ocorrer que a prova já realizada seja insuficiente e que o juiz mande completá-la.” (Op. cit., p. 474-475). Ainda seguindo esta mesma linha de pensamento LOPES, João Batista. Op. cit., p. 43.

litígio, estas só poderiam vir aos autos mediante iniciativa do juiz, pois em relação a ele não opera, em matéria probatória, a preclusão temporal e nem por fase do procedimento.¹⁵⁴

As provas não pertencem nem ao autor nem ao réu, mas sim ao processo. Assim, tendo sido colhido material probatório suficiente para o esclarecimento dos fatos ao juiz não interessará quem as realizou. Não se indaga a respeito do ônus da prova se, no momento de julgar, o magistrado puder decidir a lide sem que hajam restado dúvidas a respeito da existência ou não de determinado fato.

A regra do artigo 333 deve ser vista como uma regra de julgamento a ser aplicada apenas no momento da decisão, como última *ratio*, depois de esgotadas todas as possibilidades de se produzir provas no processo, seja pelas partes, seja pelo juiz. O que deve acontecer é justamente o contrário do propugnado pela doutrina tradicional, pois, primeiro o juiz deverá verificar se há ou não possibilidade de realizar certa prova que esclareça os fatos em litígio (art. 130), em não sendo possível verificará qual das partes deveria ter se desincumbido deste ônus e não o fez, para só então decidir com base na regra de distribuição do ônus da prova.

Com isso, pode-se dizer que as regras que conferem poderes instrutórios ao juiz não são incompatíveis com a regra de distribuição do ônus da prova, elas apenas operam em momentos diversos.¹⁵⁵ O artigo 333 vem permitir ao juiz que profira uma decisão de mérito ainda que os fatos da demanda não tenham sido suficientemente esclarecidos, isso porque no direito brasileiro o magistrado não pode se abster de julgar alegando *non liquet*.

Pelo exposto é possível perceber que o artigo 333 só deverá ser aplicado em casos excepcionais. Em se admitindo que o juiz também produza provas para o processo mais raras se tornam as situações em que, encerrada a instrução

¹⁵⁴ Esta questão vem enfrentada por: LACERDA, Galeno. O juiz e a justiça no Brasil. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 53, p. 57-58, nov., 1991; FERREIRA, Gilberto; ASSAD, Sandra Maria Flügel. Os poderes do juiz no processo civil moderno. *Revista de processo*, São Paulo, n. 86, p. 288, abr./jun., 1997; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba : Juruá, 1991, p. 91-92. Neste importante estudo Manoel Caetano analisa muito bem os poderes do juiz e sua relação com o instituto da preclusão. Para o autor, em matéria probatória, em relação ao juiz, só operará a preclusão consumativa nos casos em que já houver deferido a uma das partes a produção de uma determinada prova, neste caso não poderá mais voltar atrás na sua decisão pois, se assim agisse estaria ofendendo o direito constitucional da parte de provar os fatos que entende relevantes.

¹⁵⁵ Atento a esta visão moderna do processo civil o Código Tipo para a América Latina, como ressaltou Giovanni VERDE, prevê, expressamente, em seu artigo 129, que a regra de distribuição do

probatória, determinado fato reste duvidoso. Daí reconhecerem muitos, como lembrou BARBOSA MOREIRA, *“que a relevância das regras sobre ônus da prova, consideradas como regras de julgamento, não é incompatível com a adoção do chamado ‘princípio inquisitório’ na atividade de instrução.”*¹⁵⁶

Por fim, cabe ressaltar que, para um juiz consciencioso ter que julgar com base no artigo 333 é quase uma espécie de tortura, pois, como ensinou BEDAQUE, *“dentre todas as frustrações que a jurisdição pode causar às pessoas, a mais grave, sem dúvida, é a emissão de um provimento injusto.”*¹⁵⁷

4.6) Causas da pouca utilização dos poderes instrutórios do juiz e possíveis soluções

A construção de um processo civil social depende do papel ativo do juiz na sua instrução, no entanto, são da mais variada ordem as causas que contribuem para a sua pouca utilização, algumas delas justificáveis, outras desprezíveis.

A grande maioria dos juízes diariamente se depara com uma sobrecarga de trabalho que chega a ser até mesmo desumano, impedindo que os magistrados despendam a atenção necessária para cada um dos processos. Além disso a precária estrutura do Poder Judiciário (principalmente dos órgãos judiciais de primeiro grau) dificulta em muito a atividade dos juízes em todas as suas esferas de atuação, principalmente em matéria probatória.¹⁵⁸ Com uma estrutura deficitária os juízes se vêm impedidos de atuar da forma desejada, de proporcionar aos jurisdicionados uma resposta ao mesmo tempo rápida e de qualidade.

Pode-se dizer que estes são os argumentos que poderiam de certa forma justificar a pouca atuação dos juízes em matéria probatória. No entanto, as maiores ausências da atividade dos magistrados na instrução das causas decorre de outros fatores, mais de ordem subjetiva do que objetiva.

ônus da prova não é obstáculo para a atuação do juiz em matéria probatória. (Poteri del giudice e poteri delle parti. *Un ‘Codice Tipo’ di procedura civile per l’America Latina*, Padova, v. 4, p. 180, 1990.

¹⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual (segunda série)*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1988, p. 79.

¹⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 89.

¹⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de processo*, São Paulo, n. 37, p. 147, jan./mar., 1985.

Não são poucos os casos em que os magistrados simplesmente, por uma questão de facilidade, se acomodam com as provas produzidas pelas partes. Embora estas nem sempre sejam suficientes para o esclarecimento dos fatos o juiz prefere restringir-se a elas ao invés de ter que se “incomodar” na busca de uma solução mais justa.

Outra desculpa freqüentemente utilizada pelo juiz “inerte” para justificar a sua falta de atuação diz com a questão da imparcialidade. Argumenta-se que requerendo a produção de determinada prova estaria violando o “sagrado princípio da imparcialidade”. Nada mais falso.¹⁵⁹ Como já dito em tópicos anteriores parcial é o juiz que sabendo da existência de uma prova que possibilite o esclarecimento dos fatos cala-se quanto a determinação da sua produção. Outrossim, há meios processuais que garantem a manutenção deste princípio, como a motivação da decisão que requisitou a prova e sua submissão ao contraditório.¹⁶⁰

Tudo isso faz concluir, como mais uma vez evidenciou BARBOSA MOREIRA, que:

“O insatisfatório estado de coisas, nesta matéria, resulta menos de defeitos de estrutura que do mau uso do aparelho. Não há responsabilizar o Código pela escassez das iniciativas instrutórias dos juízes, das quais são raras, na prática, até as de mais cristalina legitimidade. Em numerosos casos isso se explica, por certo, pelas condições altamente desfavoráveis em que é exercida a função judicante. Não influirá também, contudo, ao menos em certo grau, uma tendência à timidez e à acomodação, ‘racionalizada’ em termos de homenagem ao ‘princípio dispositivo’ e favorecida pela atitude de ponderável setor da doutrina, que nele busca inspiração para desestimular, de modo frontal ou oblíquo, a pesquisa oficial da verdade? Antes que a lei, aqui é sobretudo a mentalidade dominante que gostaríamos de ver modificada.”¹⁶¹

¹⁵⁹ URRACA, alerta para o fato de que os países, como Alemanha e Áustria, que se empenharam na efetivação de um sistema com juízes mais ativos não tiveram problemas com a manutenção da imparcialidade dos magistrados. (Op. cit., p. 142).

¹⁶⁰ Ao discorrer a respeito dos poderes instrutórios do juiz e sua relação com o contraditório TARZIA demonstra como o juiz pode determinar uma prova de ofício sem correr o risco de ser parcial, diz ele: “*necessità ulteriori è che il giudice sai disposto ad ammettere prove e controprove dedotte dalle parti, non solo quando vertano sul fatto diretto contrario, ma anche quando vetano sul fatti diversi, idonei a neutralizzare il fatto da lui assunto ad oggetto di prova.*” (TARZIA, Giuseppe. Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatoria civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova, n. 4, p. 645, out./dez., 1984).

¹⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de direito processual (terceira série)*. São Paulo : Saraiva, 1984.

5 – CONCLUSÃO

Do exposto, além de se concluir pela necessidade de se conferir aos juízes amplos poderes em matéria probatória outras conclusões podem ser extraídas do presente trabalho.

1. No processo civil não cabe mais a distinção entre verdade formal e material. Por ser o processo um instrumento de tutela de direitos tanto patrimoniais como fundamentais dos indivíduos não se pode admitir que o processo civil se contente com um grau de certeza menor em relação ao processo penal.

2. A essência da verdade é inatingível. Desta forma, mesmo depois de produzidas todas as provas possíveis, sempre restará um certo grau de incerteza. Assim, é falsa a idéia de que o juiz ao julgar o faz com base na certeza dos fatos. Ao sentenciar o juiz emite um provimento baseado em verossimilhança. No entanto, isso não isenta o magistrado de, ao longo do processo, procurar alcançar, por meio das provas, o ideal da verdade.

3. Visto durante muito tempo como um obstáculo intransponível para a busca da verdade, o princípio dispositivo já não tem mais a conotação a ele sugerida por grande parte da doutrina tradicional. A máxima latina *iudex iudicare debet allegata et probata partium* não pode mais ser tida como expressão do princípio dispositivo. Dentro de um contexto moderno do processo civil tal princípio deve ser entendido a partir dos reflexos que a relação de direito material disponível produz no processo, ou seja, como uma forma de limitação imposta ao juiz em virtude da disponibilidade da relação litigiosa.

4. O fato do processo só poder ter início pela iniciativa das partes independe da disponibilidade ou indisponibilidade do direito material, sendo expressão do princípio da demanda, o qual não deve ser confundido com o princípio dispositivo.

5. Diante da função não só instrumental mas também social do processo civil faz-se necessário proporcionar às partes uma igualdade substancial e não meramente formal dentro do processo. Este objetivo pode ser atingido por meio de um papel ativo do juiz na instrução probatória.

6. Sem descartar a importância do princípio da imparcialidade, a sua manutenção não pode servir como uma desculpa para a pouca atuação dos juízes

em matéria probatória. Não se deve confundir juiz parcial com juiz ativo, a parcialidade está muito mais na inércia do que na atividade.

7. Seja qual for a natureza da relação jurídica de direito material a possibilidade do juiz atuar em matéria probatória se faz sempre presente. O que pode ser disponível é o conteúdo da relação jurídica substancial, pois o interesse público na correta solução do litígio está para além da esfera de interesse das partes.

8. A interpretação do artigo 130 do CPC deve ser no sentido de possibilitar ao magistrado amplos poderes em matéria probatória, sem que a ele sejam feitas restrições com base nos meios de prova ou no momento da sua atuação.

9. O artigo 130 do CPC não é incompatível com a regra de distribuição do ônus da prova, elas apenas operam em momentos diversos, devendo esta ser tida como regra de julgamento.

10. A pouca utilização dos poderes instrutórios do juiz tem causas objetivas, decorrentes da estrutura problemática em que se encontra o Judiciário brasileiro, e subjetivas, resultantes da acomodação de alguns juízes ou do medo injustificado de outros.

11. A motivação da decisão judicial que requisitou a prova, bem como a sua submissão ao contraditório são meios que procuram assegurar a imparcialidade do juiz.

Com isso não se busca instaurar no processo civil um sistema inquisitorial puro, quer-se apenas assegurar ao magistrado um papel ativo no processo. Este ideal, como ressaltou BARBOSA MOREIRA, deverá ser sempre almejado:

“a impossibilidade de atingir um ideal não nos dispensa de fazer esforço em sua direção. Podemos ter mil escusas legítimas para não alcançar o ideal, mas só estaremos autorizados a invocá-las, se realmente houvermos feito tudo que pudermos, se realmente houvermos disposto a todos os esforços que estejam ao nosso alcance; e é preciso que tenhamos sempre, a cada momento, essa imagem ideal diante de nós, para que ao menos saibamos em que direção devemos caminhar, ainda que conscientes da nossa impossibilidade de atingir a meta”.¹⁶²

Assim, para finalizar, cabe lembrar que ainda que poucos juízes atentem para

¹⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, p. 184, abr./jun., 1984.

a necessidade da sua atuação é preciso insistir neste caminho, pois, já lembrava FAZZALARI que *“non è consentito a chi studia intravedere una strada, senza cercare di percorrerla; e ci sorregge la speranza”*.¹⁶³

¹⁶³ FAZZALARI, Elio. L'esperienza del processo nella cultura contemporanea. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XX (II série), p. 30, 1965.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM. *Direito processual civil: Teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972. v. I.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. v. II

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba n. 7, 1985.

ARENHART, Sérgio Cruz.. A verdade substancial. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 3, p. 685-695, set./dez., 1996.

ASSAD, Sandra Maria Flügel; FERREIRA, Gilberto. Os poderes do juiz no processo civil moderno. *Revista de processo*, São Paulo, n. 86, p. 285-294, abr./jun., 1997.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro ; Forense, 1994. v. I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, p. 126-137, abr./jun., 1994.

_____. A função social do Processo Civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 37, p. 140-150, jan./mar., 1985.

_____. *As bases do direito processual*. Temas de Direito Processual, 1ª série. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1988.

_____. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 53, p. 122-133, jan./mar, 1989.

_____. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba. *Temas de Direito Processual (3ª série)*. São Paulo : Saraiva, 1984.

_____. Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual (2ª série)*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1988.

_____. La igualdad de las partes en el proceso civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 44, p. 176-185. out./dez., 1986.

_____. *Notas sobre o problema da “efetividade” do processo*. Temas de Direito Processual (3ª série). São Paulo : Saraiva, 1984.

_____. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, p. 178-184, abr./jun.1984.

_____. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 41, p. 7-14, jan./mar, 1986.

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de direito processual (sétima série)*. São Paulo : Saraiva, 2001.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 31, p. 199-209, jul./set., 1983.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de processo*, São Paulo, n. 27, jul./set., p.186-199, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista do Ministério Público*, Curitiba, n. 9, p. 171-189, 1980.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. XVI, parte I, p. 105-128, 1939.

_____. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. V, parte I, p. 23-51, 1950.

_____. Processo e giustizia. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. V, parte I, p. 273-290, 1950.

_____. Verità e verosimiglianza nel Processo Civile. *Revista di Diritto Processuale*, Padova, v. X, parte I, p. 164-192, 1955.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo scienza verità. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. V, parte I, p.1-22, 1950.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. *Juízes legisladores?*, trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 2 ed. Roma : Edizioni dell'Ateneo, 1947.

_____. Verità, dubbio e certeza. *Revista di Diritto Processuale*, Padova, v. XX (II série), p. 4-9, 1965.

CAVALLONE, Bruno. *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova : CEDAM, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli : Jovene, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14 ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. *Rivista di diritto processuale*, v. XXXIII (II série), Padova, p. 14-56, 1977.

CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 5 ed. Milão : Giuffrè, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 2, n. 3 e 4, p. 65-87, 1º e 2º sem, 1999.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3 ed. Buenos Aires : Depalma, 1993.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. O juiz e as máximas de experiência. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 296, p. 430-436, out./dez., 1986.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 46, p. 97-115, jul., 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo : Saraiva, 1996.

DENTI, Vittorio. L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XX (II série), p. 31-70, 1965.

_____. Poteri del giudice. *Novissimo digesto italiano*, Torino, v. XIII, p. 489-492.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6 ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4 ed. São Paulo : Malheiros, 2001. t. I.

DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda no direito processual brasileiro*. Curitiba, 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso*. 2 ed. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1997.

FAZZALARI, Elio. L'esperienza del processo nella cultura contemporanea. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XX (II série), p. 10-30, 1965.

_____. La imparzialità del giudice. *Rivista di diritto processuale*, Padova, n. 2, p. 193-

230, abr./jun., 1972.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba : Juruá, 1991.

FREIRE, João Pedro Pires. O juiz como consciência social. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 44, p. 43-48, mar., 1989.

FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova : CEDAM, 1940.

JARDIM, Afrânio Silva. O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no Processo Civil Moderno, *Revista de Processo*, São Paulo, n 44, p. 166-175, out./dez., 1986.

KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 17, p. 50-60, jan./mar., 1980.

LACERDA, Galeno. O juiz e a justiça no Brasil. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 35, p. 50-71, nov., 1991.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XV, p. 551-565, 1960.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*, trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro : Forense, 1984. v. I.

LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 716, p. 41-47, jun., 1995.

_____. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, p. 24-67, jul./set., 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. v. 5. t. I.

_____. *Novas linhas do Processo Civil*. 2 ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

_____. (Coord). *O Processo Civil contemporâneo*. Curitiba : Juruá, 1994.

MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 16, p. 155-168, out./dez., 1979.

_____. Teoria Geral da Prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 3, p. 161-168, jul./set., 1976.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo : Atlas, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 5 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de

Janeiro : Forense, 1997. t. II.

RIGHI, Ivan ordine. Os poderes do juiz. *Jurisprudência brasileira*, Curitiba : Juruá, v. 169, 1993.

ROTA, Fabio. Per un equilibrio dei poteri del giudice. *Studi in onore di Vittorio Denti*. Padova : CEDAM, 1994, v. I.

SANCHES, Sydney. O juiz e os valores dominantes. O desempenho da função jurisdicional em face dos anseios sociais por justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 62, p. 221-227, abr./jun., 1991.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2 ed. São Paulo : Max Limonad, 1952. v. I.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. v. I.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. *Poderes éticos do juiz: A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de processo*, São Paulo, n. 91, p. 92-114, jul./set., 1998.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milão : Giuffrè, 1992.

_____. *Senso comum, experiência e ciência do raciocínio do juiz*. Curitiba : IBEJ, 2001.

TARZIA, Giuseppe. Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova : CEDAM, n. 4 (segunda série), p. 634-658, out./dez., 1984.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O juiz em face do Código de processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 10, p. 223-229, abr./jun., 1978.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 23, p. 173-191, jul./set., 1981.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1977. v. I.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Biblioteca Central. *Normas para apresentação de trabalhos*. 6 ed. Curitiba : Editora da UFPR : Governo do Estado do Paraná, 1996. 8v. : il.

URRACA, José Rodríguez. Las facultades probatorias del juez en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. *Un "Codice tipo" di procedura Civile per L'America*, Padova, v. 4 p. 135-144, 1990.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. Deberes e facultades de los jueces em el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. *Un 'Codice Tipo' di procedura Civile per L'America*, Padova, v. 4 p.111-133, 1990.

VERDE, Giovanni. Poteri del giudice e poteri delle parti. *Un 'Codice Tipo' di procedura Civile per L'America*, Padova, Padova, v. 4, p.175-188, 1990.